

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



**LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL DE LA
EMPRESA EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL:
(APERTURA, EFECTOS Y OPERACIONES DE
LIQUIDACIÓN).**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR**

Jesús Casado Abad

Bajo la dirección de la doctora

Carmen Alonso Ledesma

Madrid, 2011

ISBN: 978-84-694-6071-9

© Jesús Casado Abad, 2011

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

**LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL DE LA EMPRESA EN
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL**

(Apertura, efectos y operaciones de liquidación)

JESÚS CASADO ABAD

Tesis dirigida por:

Dra. CARMEN ALONSO LEDESMA
Catedrática de Derecho Mercantil

Madrid 2010

INDICE

ABREVIATURAS	10
INTRODUCCIÓN.....	13
I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	21
I.1 Bancarrota medieval.....	21
I.2 La quiebra en el Derecho español hasta la Codificación.....	24
I.3 La liquidación concursal de la empresa en el Derecho Comparado a partir de la Codificación.....	29
3.1 Antecedentes.....	29
3.2 La liquidación concursal de la empresa en el siglo XIX	31
3.3 La liquidación concursal de la empresa en el siglo XX. Modelos normativos recientes.	38
FRANCIA	40
ITALIA.....	54
PORTUGAL.....	60
ALEMANIA.....	69
INGLATERRA.....	74
ESTADOS UNIDOS	84
I.4 La liquidación concursal de la empresa en el Derecho español a partir de la Codificación.....	90
4.1 Código de Comercio de 1829 (30 de mayo).....	90
4.2 Código de Comercio de 1885 (22 de agosto).	92
4.3 La liquidación concursal de la empresa en España en los Anteproyectos de Ley Concursal.....	96
II. LA LIQUIDACIÓN COMO SOLUCIÓN AL CONCURSO DE ACREEDORES.....	110
II.1 Significado de la liquidación como solución al concurso	110
II.2 Valoración crítica a la luz del Derecho Comparado.....	113
II.3 Diversos momentos habilitados para solicitar la liquidación	122
III. LA LIQUIDACION DE LA EMPRESA EN LA LEY CONCURSAL	124
III.1 La noción de empresa a efectos de su liquidación concursal	124
1.1 La empresa como conjunto unitario	126
1.2 Establecimientos, Explotaciones	129
1.2.1 Establecimientos.....	129

1.2.2	Explotaciones	132
1.3	La unidad productiva autónoma o unidad económica	134
III.2	Solicitud y propuesta de liquidación concursal de la empresa	136
III.3	Liquidación ordinaria y liquidación anticipada	139
3.1	Consideraciones generales.....	139
III.4	Enajenación preliquidativa de bienes y derechos	144
III.5	Sujetos legitimados para solicitar la liquidación concursal de la empresa en sus vertientes ordinaria y anticipada	146
5.1	El deudor	146
5.1.1	En la solicitud-propuesta de liquidación anticipada	146
5.1.2	En la solicitud de liquidación ordinaria	149
5.2	Deudor sociedad de capital: Órgano facultado para solicitar la liquidación	153
5.2.1	Solicitud y propuesta de liquidación en otras figuras societarias	162
5.2.2	La solicitud de liquidación en los grupos de sociedades	166
5.3	Administración concursal. ¿Tiene facultad para instar la liquidación?	167
5.4	Acreedores.....	170
5.5	Otros sujetos legitimados	173
III.6	Plazo para solicitar y proponer la liquidación concursal de la empresa	173
6.1	Solicitud-propuesta anticipada de liquidación.....	175
6.2	Solicitud ordinaria de liquidación.....	176
6.2.1	En fase preliminar, desde la solicitud de concurso hasta su declaración.....	176
6.2.2	Durante la fase común de tramitación de concurso	177
6.2.3	Presentada la propuesta anticipada de convenio.....	179
6.2.4	Solicitud ordinaria de liquidación en la fase de convenio	183
6.2.5	Solicitud ordinaria de liquidación una vez aprobado judicialmente el convenio.	186
6.2.6	Solicitud ordinaria de liquidación durante la vigencia del convenio.....	186
6.2.7	Similitudes y diferencias de la solicitud de liquidación con la solicitud de declaración de incumplimiento del convenio	195
III.7	Revocación o desistimiento de la solicitud de liquidación ordinaria o anticipada presentada por la sociedad deudora.....	198
7.1	Posibles razones del legislador para no incluir la admisión a trámite o rechazar la solicitud de liquidación ordinaria y la solicitud-propuesta de liquidación anticipada	205
7.1.1	En la solicitud de liquidación ordinaria.....	205
7.1.2	Ausencia de admisión a trámite de la propuesta anticipada de liquidación.....	208
IV.	LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA.....	209
IV.1	En la liquidación anticipada	209
IV.2	En la liquidación ordinaria	210

2.1	Apertura de la liquidación por solicitud voluntaria o necesaria de la deudora.....	210
2.2	Apertura de liquidación por solicitud de cualquier acreedor. (art. 142.4 LC).....	213
2.3	Apertura de oficio de la fase de liquidación	213
2.3.1	Durante la fase de convenio, por ausencia de propuestas o inadmisión a trámite de las presentadas. (art. 143.1 1º LC).....	213
2.3.2	Por inaceptación de propuesta alguna de convenio (art. 143.1.2º LC).....	216
2.3.3	Por rechazo, mediante resolución judicial firme, del convenio aprobado en Junta de acreedores. (art. 143.1.3º LC).....	216
2.3.4	Por nulidad del convenio aprobado por el juez (art. 143.1.4º LC)	217
2.3.5	Por declaración de incumplimiento del convenio (art. 143.1.5º LC).....	221
2.4	Incumplimiento del convenio aprobado en procedimientos concursales acogidos a la legislación anterior	226
IV.3	Publicidad de la apertura de la fase de liquidación (ordinaria y anticipada)	228
3.1	Publicidad extraregistrarial de la apertura de la liquidación (art. 23 LC en su contenido originario)	231
3.2	Publicidad de la apertura de la liquidación según el art. 23 modificado	239
3.3	Publicidad en registros no concursales de la apertura de liquidación según el art. 24 modificado.....	244
V.	EFFECTOS DE LA APERTURA DE LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL DE LA EMPRESA.....	248
V.1	La suspensión del ejercicio de facultades sobre el patrimonio de la sociedad concursada.....	248
V.2	Reposición o nombramiento de administradores concursales	252
V.3	La disolución de la sociedad de capital	253
V.4	Límites al cese de los administradores o liquidadores en las sociedades de capital como consecuencia de la apertura de la liquidación. Representación procesal de la sociedad concursada en fase de liquidación	256
V.5	Efectos sobre los créditos concursales.....	262
5.1	Vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados	263
5.1.1	Diferencias de la legislación derogada con la LC	263
5.1.2	Determinación, vencimiento y pago de los créditos aplazados	264
5.2	Conversión en dinero de los créditos concursales de prestaciones no dinerarias	272
V.6	Vigencia de la aplicación de las normas generales sobre los efectos de la declaración de concurso durante la fase de liquidación	275
6.1	Efectos sobre la sociedad de capital concursada	275
6.2	Efectos sobre los acreedores.....	279
6.3	Efectos sobre los contratos	279
V.7	Otros efectos de la apertura de la liquidación.....	282
VI.	OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA	286

VI.1	Consideraciones generales.....	286
VI.2	Concepto y finalidad del plan de liquidación	290
2.1	Concepto.....	290
2.2	Finalidad.....	291
VI.3	Sujetos legitimados para proponer un plan de liquidación ordinaria.....	296
3.1	Deudor	296
3.2	Administración concursal	297
VI.4	Contenido del plan de liquidación	301
4.1	Consideraciones generales.....	301
4.2	La transmisión de la empresa en el marco del plan de liquidación	307
4.2.1	Diferencias de la enajenación de la empresa en el ámbito del convenio y en la liquidación	307
4.2.2	Finalidad de la enajenación en el convenio y en la fase liquidatoria.....	308
4.2.3	Expresión material y normas que regulan la enajenación en ambas fases.....	309
4.2.4	La asunción de obligaciones por el adquirente en el convenio y en la liquidación	311
4.2.5	Determinación del adquirente.....	313
4.2.6	Cautelas sobre las propuestas de adquisición	313
4.2.7	Función de la administración concursal en ambas fases del concurso	315
4.2.8	Cautelas legales sobre los trabajadores	316
4.3	La factibilidad de la enajenación, condición indispensable para su contemplación en el plan de liquidación	318
4.3.1	Enajenación de la empresa en actividad e inactiva.....	320
4.4	La viabilidad de la empresa unitaria o de sus ramas de actividad, requisito esencial para la factibilidad de su enajenación	321
4.4.1	La viabilidad, en función de las causas de insolvencia	323
4.4.2	En función de la permanencia de los bienes y derechos, necesarios para la actividad de la empresa	326
4.4.2.1	Permanencia de bienes y derechos	326
4.4.2.2	Permanencia de los contratos. Mención especial a los contratos laborales en la sucesión de empresa.....	329
4.4.3	En función del acercamiento al óptimo laboral, en la eventual tramitación de medidas colectivas laborales.....	332
4.5	La valoración de la empresa o de sus unidades productivas, condición indispensable para contemplar su enajenación	334
4.6	Otras formas de liquidación: Fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo.....	342
4.7	Contenido material orientativo del plan de liquidación.....	349
4.7.1	Consideraciones generales.....	349

4.7.2	De los planes de liquidación propuestos por la entidad deudora.....	351
4.7.2.1	Posibles razones de la obligatoriedad de la propuesta en la liquidación ordinaria.....	351
4.7.2.2	Propuesta de liquidación anticipada	356
4.7.2.3	Contenido material de los planes presentados por la sociedad deudora, tanto en la liquidación ordinaria como anticipada.....	359
4.7.3	Plan de liquidación propuesto por la administración concursal en la liquidación ordinaria.....	361
4.7.3.1	Análisis de viabilidad de la empresa unitaria o de sus unidades productivas..	361
4.7.3.2	Cese o suspensión total o parcial de la actividad empresarial	366
4.7.3.3	Análisis comparativo de la valoración de la empresa, de sus unidades productivas o de sus distintos elementos, a efectos de su enajenación	368
4.7.3.4	Elección de la mejor proposición de venta.....	369
VI.5	Fases del plan: desde su presentación hasta la resolución judicial firme	373
5.1	El plazo en la presentación del plan por los sujetos legitimados.....	373
5.1.1	Antecedentes.....	373
5.1.2	Plazo para la presentación del plan por la administración concursal en la liquidación ordinaria.....	374
5.1.3	Plazo para proponer un plan de liquidación anticipada por la deudora	377
5.1.3.1	Desde la solicitud de concurso hasta la presentación del informe por la Administración concursal	377
5.1.3.2	Con posterioridad a la presentación del informe	380
5.1.3.3	Con posterioridad a la admisión de propuestas de convenio	381
5.1.4	Plan de liquidación presentado por la deudora en la liquidación ordinaria	382
5.1.4.1	Con la solicitud de declaración del concurso voluntario	382
5.1.4.2	Propuesta del plan de liquidación ordinaria por la deudora una vez declarado el concurso..	382
5.1.4.3	Propuesta de plan con la petición de liquidación hecha por la deudora, vigente el convenio.....	383
5.1.5	Plazo para la formulación de observaciones o propuestas de modificación por las partes legitimadas y para la presentación del informe sobre las mismas por la administración concursal.....	384
5.1.6	Plazo para la resolución judicial sobre el plan de liquidación.....	385
5.2	Papel del plan de liquidación presentado por la sociedad deudora en la elaboración del plan por la administración concursal.....	386
5.3	Presentación del plan en la liquidación ordinaria y anticipada con incorporación de los acuerdos o actuaciones realizadas en el eventual expediente colectivo sobre contratos laborales	388

5.3.1	Expediente negociado una vez declarado el concurso.....	391
5.3.1.1	Solicitud con la presentación del informe de la administración concursal.....	391
5.3.1.2	Solicitud después de la declaración del concurso.....	391
5.3.2	Expediente negociado, abierta la fase de liquidación.....	392
5.3.3	Medidas colectivas laborales a adoptar en función de la viabilidad de la empresa.....	393
5.3.4	Interés de las partes personadas en el procedimiento sobre las medidas colectivas laborales.....	395
5.3.4.1	Acreeedores.....	395
5.3.4.2	Administración concursal.....	396
5.3.4.3	Sociedad deudora.....	396
5.3.4.4	Representantes de los trabajadores.....	397
5.3.4.5	Futuro adquirente.....	398
5.4	Ventajas e inconvenientes de la tramitación previa a la fase de liquidación del eventual expediente colectivo laboral.....	399
5.5	Efectos de la interposición de los distintos recursos contra el auto judicial sobre el expediente colectivo de saneamiento laboral.....	402
5.6	Observaciones y propuestas de modificación al plan de liquidación.....	403
5.6.1	Al plan de liquidación anticipada.....	403
5.6.1.1	Evaluación y propuestas de modificación de la Administración concursal a la propuesta de liquidación anticipada.....	403
5.6.1.2	Observaciones de las partes personadas y otros interesados.....	405
5.6.2	Al plan de liquidación ordinaria.....	408
5.6.2.1	Consideraciones previas.....	408
5.6.2.2	Observaciones o propuestas de la sociedad deudora: Función de los administradores cesados por la resolución judicial de apertura de liquidación.....	409
5.6.2.3	Observaciones o propuestas de los acreedores.....	411
5.6.2.4	Observaciones o propuestas de los representantes de los trabajadores.....	413
5.6.2.5	Posible mesa de negociación con propuestas concertadas.....	414
5.6.2.6	Informe de la administración concursal a las observaciones o propuestas formuladas.....	415
5.7	Aprobación judicial del plan de liquidación de la empresa.....	416
5.7.1	De la propuesta anticipada de de liquidación.....	416
5.7.1.1	Aprobación del plan anticipado de liquidación.....	419
5.7.1.2	Ineficacia ex officio de las propuestas de convenio admitidas a trámite.....	420
5.7.1.3	Aprobación o rechazo de la propuesta anticipada de liquidación sin la manifestación de los textos definitivos del inventario y lista de acreedores.....	424

5.7.2	Del plan de liquidación ordinaria	428
5.7.2.1	Sin formulación de observaciones o propuestas de modificación. Posibilidad de rechazo judicial del plan	428
5.7.2.2	Decisión judicial en función de las observaciones o propuestas formuladas. Posible modificación del plan de liquidación	429
5.7.2.3	Liquidación conforme a las Reglas legales supletorias	431
5.8	Posible aprobación provisional del plan hasta la sustanciación en firme del expediente laboral.....	431
5.9	Recursos	432
5.9.1	Recursos en la liquidación anticipada	432
5.9.2	Recursos en la liquidación ordinaria	433
5.9.2.1	De reposición y apelación.....	433
5.9.2.2	Inaplicación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.....	434
5.10	Incumplimiento del plan de liquidación	436
VII.	LIQUIDACIÓN CONFORME A LAS REGLAS LEGALES SUPLETORIAS (RLS).....	440
VII.1	Evolución preconcursal	440
VII.2	Consideraciones generales.....	443
VII.3	Diferencias entre las normas aplicables al plan de liquidación ordinaria y a las RLS	445
VII.4	Motivos para su aplicación	447
4.1	Aplicación plena por falta de aprobación del plan	447
4.2	Aplicación parcial por lagunas en el plan de liquidación	449
VII.5	Disposiciones legales de aplicación sobre la enajenación de la empresa	451
5.1	Consideraciones generales.....	451
5.1.1	¿Es la conservación de la empresa finalidad de las RLS?	453
5.2	Informe y audiencia preceptivos, anteriores a la resolución judicial.....	457
5.3	Modalidades de realización unitaria de la empresa o la de sus unidades productivas.....	459
5.3.1	La subasta	459
5.3.1.1	Criterios de aplicación a la subasta de la empresa.....	475
5.3.1.2	Las ofertas de compra en la subasta y los criterios de elección de la mejor oferta.....	479
5.3.2	La enajenación directa.....	487
5.4	La realización de los elementos componentes de la empresa y de los demás bienes y derechos de la sociedad concursada	489
5.4.1	El convenio de realización.....	491
5.4.2	Realización por persona o entidad especializada.....	493

5.4.3	La subasta judicial	503
VII.6	Enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial	504
6.1	Créditos con privilegio especial	505
6.2	Distintas posibilidades de realización de bienes y derechos afectos a privilegio especial.	506
6.2.1	Enajenación de bienes y derechos afectos con subsistencia de gravamen	508
6.2.2	Enajenación de bienes y derechos sin subsistencia de gravamen.....	510
6.2.3	Enajenación de bienes y derechos afectos, necesarios para la continuidad de la actividad de la empresa.....	514
6.2.4	Enajenación unitaria de la empresa o de sus ramas autónomas incluyendo los bienes o derechos afectos a privilegio especial en las RLS	516
6.3	Procedimiento de realización de los bienes y derechos afectos a privilegio especial	517
6.3.1	Subasta como regla general	518
6.3.2	La venta directa como forma opcional	520
VII.7	La sucesión de la empresa	526
7.1	Preliminares.....	526
7.2	Sucesión laboral en la enajenación de la empresa o de sus unidades productivas	530
7.3	¿Está restringida la sucesión laboral a la enajenación mediante las RLS?	533
VIII.	CONCLUSIONES.....	544
IX.	BIBLIOGRAFÍA	568

ABREVIATURAS

AAP	Auto Audiencia Provincia
AAVV	Autores varios
AC	Aranzadi Civil
Ac	Acuerdo
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
Ad. Con.	Administración Concursal
AEAT	Agencia de Administración Tributaria
AJMER	Auto del Juzgado de lo Mercantil
AJPI	Auto del Juzgado de 1ª Instancia
ALC	Anteproyecto de Ley Concursal
AP	Audiencia Provincial
Ap	Apartado
Art.	Artículo
Art. cit.	Artículo citado
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
Capit.	Capítulo
Cc	Código Civil
Ccom	Código de Comercio
CCAA	Comunidades Autónomas
Ccom 1829	Código de Comercio 1829
CE	Constitución Española de 1978
CEE	Comunidad Económica Europea
CES	Consejo Económico y Social
GGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
Coords.	Coordinadores
DGT	Dirección General de Tributos
Dirs.	Directores
Disp. Final	Disposición Final
Disp. Transit.	Disposición Transitoria
D.Ley	Decreto Ley
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DRAE	Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española
Ed.	Editorial
Edic.	Edición
ET	Estatuto de los Trabajadores (TR aprobado por RD Ley 1/1995)
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial

GIUR. COMM.	Giurisprudenza Commerciale
Ins0	Ordenanza alemana de insolvencia de 5 octubre de 1994
LAIE	Ley de Agrupaciones de Interés Económico
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LEMS	Ley de Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles
LC	Ley Concursal
LCA	Ley del Régimen Jurídico del Contrato de Agencia
LGT	Ley General Tributaria
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS	Ley del Impuesto de Sociedades
LIVA	Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido
LH	Ley Hipotecaria
LHMPSD	Ley 16 diciembre 1954 Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento
LMV	Ley del Mercado de Valores
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPH	Ley de Propiedad Horizontal
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LSA	Ley de Sociedades Anónimas. TR aprobado por RD Ley 1564/1989, de 22 de diciembre
LSP	Ley de Suspensión de Pagos, 26 julio 1922
LSC	Ley de Sociedades de Capital. TR aprobado por R.D. Legis. 1/2010 De 2 de julio
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Ley 2/1995, de 23 de marzo
LSRL 1953	Ley 17 de julio de 1953 sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada
Núm.	Número
o.c.	Obra citada
P.	Página
PALC	Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal
Párr.	Párrafo
PYMES	Pequeñas y medianas empresas
RcP	Revista Concursal y Paraconcursal
RD	Real Decreto
RD Ley	Real Decreto Ley
RdM	Revista de Derecho Mercantil
RdPat.	Revista de Derecho Patrimonial
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RDGRN	Resolución de la DGRN
RgD	Revista General de Derecho
RcP	Revista Concursal y Paraconcursal
RL	Revista de Relaciones Laborales
RLS	Reglas Legales Supletorias
RPC	Revue des Procédures Collectives

RRM	Reglamento del Registro Mercantil (RD 1784/1996 de 19 de julio)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAT	Sentencia de la Audiencia Territorial
SJMer	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
T.	Tomo
Tit.	Título
TRLGSS	Texto Refundido Ley General de la Seguridad Social
TRSLA	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para la unificación del Derecho Mercantil
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

I. INTRODUCCIÓN

A partir de la Codificación, el Derecho Concursal durante gran parte del siglo XIX se va a caracterizar por un dualismo institucional quiebra- convenio. El convenio solutorio – solución conservativa que evitaba la liquidación, pero que se insertaba dentro de la quiebra- será el único modelo de convenio judicial existente. De todos modos, sobre todo para el empresario, la solución liquidativa prevaleció sobre cualquier otra, con la finalidad de conseguir la satisfacción de los créditos de los acreedores, a través de la liquidación individualizada de los bienes y derechos que constituían el patrimonio del deudor insolvente.

El empresario individual desempeñaba un papel preponderante en la realidad empresarial de comienzos del siglo XIX, incluso cuando se incorporaba a sociedades de carácter personalista, en las que, como es sabido, la responsabilidad ilimitada de los socios, diluía el muro de contención del riesgo frente a los acreedores. La liquidación, en caso de insolvencia, seguía siendo la solución más idónea para atender los créditos a través de la enajenación de los bienes que integraban el patrimonio del deudor y, si fuera necesario, -en caso de sociedades personalistas- el de sus socios.

Sin embargo, el desarrollo de las sociedades capitalistas en el siglo XX, con responsabilidad limitada de sus socios y un ámbito cada vez más amplio de su campo de operaciones, con acreedores transnacionales e intereses progresivamente más diversificados, hizo que el conjunto de sus trabajadores, la Sociedad –entendida como colectividad de ciudadanos-y el Estado a nivel nacional e incluso supranacional jugasen un papel cada vez más trascendente en las crisis empresariales. Además, empresario y empresa no van ya a constituir un todo inseparable. La desvinculación del empresario, persona física, del ámbito societario no va a suponer la desaparición de la empresa.

El Derecho Concursal, que en su vertiente empresarial había sido de y para el empresario persona física, a través de la quiebra y la suspensión de pagos, se va a dirigir ahora de modo especial al empresario, persona jurídica, es decir hacia las sociedades

personalistas y de capital de carácter empresarial. Este cambio radical incidirá sustancialmente, como analizaremos en este trabajo, en la nueva orientación del procedimiento para conseguir lo que continúa siendo la finalidad primordial, aunque no única, del concurso, cual es la satisfacción de los acreedores, bien a través de una solución convenida o por medio de la liquidación de la empresa, a poder ser conservando su actividad.

Los nuevos planteamientos concursales en los ordenamientos jurídicos tanto continentales como anglosajones¹ van a orientarse progresivamente hacia la conservación de la empresa, en beneficio de los acreedores, de sus trabajadores, así como a proteger los cuantiosos intereses sociales que están en juego. El convenio va a ser, como regla general, la solución normal del concurso, orientado a alcanzar no sólo la continuidad de la empresa potencialmente viable, sino también la del propio concursado, su colectivo laboral y el resto de intereses estrechamente vinculados a la permanencia de la empresa en su actividad. Convenio entre sociedad y acreedores que puede llegar incluso a la enajenación de la empresa, aunque incluyendo en la transmisión el pago a los acreedores por el adquirente, quien asume los riesgos del pasivo con terceros.

La liquidación está considerada como una solución subsidiaria en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos concursales, aunque en la práctica va tomando paulatinamente mayor predicamento al no vincular la liquidación del patrimonio con el fin de la empresa. En nuestro Derecho Concursal la liquidación no comporta un procedimiento ejecutivo, que conlleve la desaparición de la empresa. La empresa en liquidación, generalmente, no cesa en su actividad. Por ello, su conservación, siempre que por ser viable pueda considerarse factible, sigue siendo una finalidad preferente del concurso, también en su vertiente liquidativa, juntamente con la satisfacción de los acreedores; la enajenación de la empresa, en todo o en parte, mediante ramas autónomas de actividad, le da continuidad, no sólo mediante la pervivencia de su actividad, sino también, en lo posible, en la permanencia de los puestos de trabajo.

¹ Nuestra Ley Concursal ha optado por un sistema sustantivo y procesal unitario, con dos fases solutorias (convenio y liquidación), siguiendo así la pauta de la *InsO* alemana y el *Bankruptcy Code* norteamericano.

Por otra parte, la apertura de la fase de liquidación supone –en contraposición con la solución convenida- la asunción del pasivo de los acreedores por la masa activa del concurso. Sus créditos se atenderán con el producto conseguido en la liquidación. El adquirente de la empresa en actividad no se hará cargo del pago de las deudas, a excepción de las cargas salariales e indemnizatorias pendientes de pago.

El objeto del presente trabajo se circunscribe al análisis de la liquidación de la empresa en las sociedades de capital, conforme a su tratamiento en la Ley Concursal. Aunque analizaremos de manera pormenorizada todas las vertientes del procedimiento, dedicaremos especial atención, entre otros, a los siguientes aspectos:

- a) Su pretendida consideración subsidiaria en relación con el convenio. Cabría aplicarle esa calificación cuando la liquidación la solicita un acreedor o se abre de oficio, ya que sólo opera cuando no se alcanza o se frustra el convenio, incluso si la pide la sociedad deudora –constante convenio-, obligada por Ley cuando conozca la imposibilidad de cumplir las obligaciones y pagos comprometidos. Sin embargo, ante la posibilidad sancionada por la LC de pedir la liquidación por la entidad deudora, incluso con la misma solicitud de declaración del concurso, bloqueando, salvo revocación, la posibilidad de alcanzar una solución convenida, el presente estudio tratará de demostrar que el convenio dista mucho de ser la “solución normal” del concurso, como se postula en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal.
- b) La llamada liquidación conservativa de la empresa, consistente en la cesión global o por unidades autónomas de actividad, dejando como residual la venta aislada de elementos sólo utilizable cuando sea imposible la venta unitaria o por ser más rentable esa forma de liquidación, al poder satisfacer en mayor medida –como interés prioritario del concurso- los créditos de los acreedores.

- c) Las modificaciones sustanciales, suspensión y extinción colectiva de las relaciones laborales de la empresa objeto de liquidación y el condicionante que la LC dispone a la aprobación del plan de liquidación, al someterla a la previa resolución del juez sobre los expedientes colectivos laborales que se hubieran presentado. Tema de especial relevancia que incide, además, en la enajenación de la empresa, ya que el posible adquirente, si se interponen los diversos recursos, previstos en la Ley de Procedimiento Laboral contra el auto judicial que resuelve el contencioso laboral, no podrá conocer la situación definitiva del mismo hasta que no se pronuncie sentencia firme, dificultando, en gran medida, como trataremos de demostrar, la transmisión proyectada de la empresa.

- d) La liquidación anticipada, recogida en el Real Decreto-Ley 3/2009 ya que con esta norma se ha querido conceder mayor preponderancia a la vía liquidativa de solución del concurso, no sólo por la anticipación de una propuesta de liquidación presentada por la sociedad deudora (que a la vez constituye la solicitud de su apertura) –obviando el plan de liquidación a presentar por la administración concursal en la liquidación ordinaria-, sino también por la mayor rapidez en la apertura judicial de la fase liquidatoria, cuya resolución aprueba, en su caso, el plan de liquidación; aprobación que va a comportar el efecto beneficioso de la pronta enajenación de la empresa con anterioridad a la verificación de la lista de acreedores; aunque su venta, antes del inventario definitivo de bienes, corre el peligro de integrar en ella bienes o derechos sujetos a impugnación, con solicitud de exclusión –que pudieran ser indispensables para la actividad empresarial-, y que podrían ser dados de baja en el inventario mediante la resolución del incidente concursal, una vez enajenada la empresa con los perjuicios consiguientes que ello comportase.

Entre las razones que han coadyuvado a la realización de nuestro estudio citaremos:

1. La relevancia de la liquidación en la mayoría de los concursos. La aplicación práctica de la normativa concursal ha puesto de manifiesto la importancia de la liquidación, ya que es creciente el número de empresas cuyo concurso finaliza en una solución liquidativa. La razón principal quizá resida en que, generalmente, cuando se solicita el concurso voluntario por la entidad deudora la insolvencia ha alcanzado un grado tal que no permite su resolución mediante convenio. Nuestro tejido empresarial también aporta alguna luz al respecto, con su casi 98% de pymes, cuya frágil estructura financiera soporta las situaciones de crisis con mayor dificultad que la gran empresa, la cual puede moderar mejor las situaciones críticas en las que pudieran verse abocadas y ajustar un convenio con posibilidades de acuerdo. Baste indicar el número de autos de apertura de la fase de liquidación habidos en época reciente: en el año 2008 ascendieron a 424 (92,6% del total); en 2009 fueron 2.602 (97,7% del total), siendo sólo 62 los autos que abrieron la fase de convenio.
2. El exíguo o nulo tratamiento que la LC concede a aspectos fundamentales. A título de ejemplo citaremos cual sea el órgano competente para decidir la solicitud de liquidación en las sociedades de capital; el contenido del plan de liquidación; la viabilidad de la empresa –requisito indispensable para considerar factible su enajenación- o la sucesión empresarial del adquirente en todo aquello que no se refiera a la sucesión laboral. Aspectos necesitados de un estudio que trate de cubrir las lagunas existentes, que aventure criterios interpretativos y apunte soluciones ante posiciones doctrinales encontradas.
3. El tratamiento integral de la liquidación concursal de la empresa en las sociedades de capital no ha sido objeto de atención específica por la mayoría de los autores que han analizado la fase de liquidación en la normativa concursal.

Señalar también que ha sido de gran utilidad contrastar el sistema seguido por la LC con las sucesivas propuestas legislativas que se han elaborado en nuestro derecho y que,

aunque finalmente no han visto la luz, han ayudado a cimentar en no menor medida una parte considerable de la normativa vigente. Se ha utilizado igualmente la metodología comparada, ya que el texto concursal sobre liquidación, y en particular en lo referente a las sociedades de capital en su vertiente empresarial, se ha inspirado en gran medida en la normativa aplicada especialmente en países como Francia, Alemania Inglaterra o Italia. La nueva legislación concursal promulgada recientemente en Francia, Italia, o Portugal, en fechas posteriores a la publicación de la LC, nos ha ayudado a establecer posibles pautas para un perfeccionamiento de aquellos aspectos que han sido tratados en nuestra Ley Concursal de forma deficiente o bien cuyos resultados no han sido todo lo positivos que el legislador pretendía o, finalmente, la parquedad de su regulación ha creado inseguridad jurídica en su aplicación.

Hemos seguido en este trabajo el plan sistemático que la Ley configura para la fase de liquidación concursal, tratando en el Capítulo I la evolución histórica de la liquidación en la legislación comparada, así como las aportaciones de los sucesivos Anteproyectos que, desde 1959, fueron sucediéndose hasta cristalizar en la Ley Concursal de 2003. En el Capítulo II se analiza la liquidación como solución al concurso de acreedores, con una valoración crítica a la luz del Derecho comparado, así como cuáles son los diversos momentos habilitados para solicitar la liquidación.

Como resulta necesario el estudio sobre la empresa, nos detenemos en ello en el Capítulo III, el cual se inicia con un somero análisis de la misma, identificando como su último escalón, a efectos de su encaje concursal, a la unidad económica, con autonomía en su actividad, capaz de funcionar por sus propios medios, con independencia de que estos sean propios o ajenos.

Dentro del mismo capítulo, al tratar de la solicitud de liquidación ordinaria, así como en la propuesta de liquidación anticipada hemos puesto el acento en el órgano facultado para tomar la decisión de solicitarla en las sociedades de capital, a causa de la laguna existente en su tratamiento por la norma concursal, teniendo en cuenta las importantes

consecuencias que la elección del convenio o liquidación comporta para los socios de la entidad.

La imposibilidad actual de solicitar la liquidación por la administración concursal, los acreedores (salvo por incumplimiento del convenio) u otros posibles legitimados, el plazo para solicitar la liquidación en sus vertientes ordinaria y anticipada y, en especial, la problemática suscitada en torno a la revocación o desistimiento de la solicitud de liquidación presentada por la entidad deudora, en aras a formalizar un posible convenio, conformarán también el contenido de este capítulo III.

La apertura de la fase de liquidación, en su doble vertiente –anticipada y ordinaria– según los solicitantes o mediante procedimiento de oficio se tratará en el Capítulo IV, así como la publicidad de la resolución, tanto en su aspecto informativo a las partes personadas y demás interesados como mediante registros no concursales.

El Capítulo V está dedicado a los efectos de la apertura liquidativa, entre otros, la suspensión del ejercicio de facultades sobre el patrimonio de la sociedad concursada, su disolución, el cese de los administradores que no significa separación definitiva de su función, sino sólo la suspensión de aquellas facultades que conllevan la administración y disposición del patrimonio, manteniéndose en sus cargos y recuperando en plenitud sus facultades, si continuase la sociedad en funcionamiento, concluido el concurso. Los efectos sobre los créditos concursales y los específicos, derivados de la aprobación de la apertura de liquidación anticipada, juntamente con la del plan propuesto serán también en este Capítulo objeto de nuestro estudio.

El Capítulo VI trata de las operaciones de liquidación de la empresa: los sujetos legitimados para proponer el plan de liquidación; su contenido orientativo, tanto del plan de liquidación ordinaria como de la propuesta anticipada, en especial la valoración de la empresa y sus ramas de actividad, su transmisión, analizando su factibilidad y la viabilidad de la empresa, presupuesto necesario para comprobar la factibilidad de su enajenación unitaria o por ramas de actividad, sin olvidar otras formas de liquidación como la fusión,

la escisión y sobre todo la cesión global de activo y pasivo. Otros puntos de análisis se refieren al plan de liquidación desde su presentación hasta la resolución firme; la tramitación previa o simultánea, durante la fase de liquidación, del eventual expediente colectivo laboral y las consecuencias de la aprobación o rechazo judicial del plan de liquidación anticipada (y de la apertura de la fase liquidativa), con las derivaciones que comporta, en caso de rechazo, las propuestas de convenio que hubieran sido admitidas a trámite.

En el Capítulo VII se analiza la aplicación de las Reglas Legales Supletorias cuando la resolución judicial acuerde que la liquidación se ajuste a lo dispuesto en dichas Reglas, bien por falta de aprobación de un plan de liquidación ordinaria o en lo no previsto en el mismo, exponiendo sus diferencias con las normas aplicables al plan de liquidación, las distintas modalidades de realización unitaria de la empresa, en particular las modalidades de subasta, la enajenación directa y la realizada por personas especializadas, así como la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial. Tratamiento especial tendrá la sucesión de empresa y su cuestionada aplicación a la venta efectuada al aplicarse un plan de liquidación., así como la posible no subrogación del adquirente en los salarios e indemnizaciones asumidas por el FOGASA.

Finalmente, en el Capítulo VIII se recogen como conclusiones aquellas, propuestas, soluciones e interpretaciones a las que se ha llegado, sobre los problemas e interrogantes que se han ido exponiendo en el decurso de este trabajo.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

I.1 Bancarrota medieval

El origen del instituto de la quiebra tiene, como punto de partida, el desenvolvimiento del comercio durante la Baja Edad Media en las ciudades medievales, centro social y de actividad económica de los Gremios y Corporaciones, los cuales agrupaban a mercaderes y comerciantes, agentes de una actividad económica, cual era la actividad comercial². En este periodo los comerciantes crean su propio derecho y nuevas instituciones para satisfacer las exigencias que plantea su actividad, que no tenían adecuadas soluciones en el sistema entonces vigente. Ese Derecho, inicialmente consuetudinario, estaba respaldado en la fuerza social de las Corporaciones y los Gremios. Las costumbres se recogen gradualmente por escrito en los Estatutos de las Corporaciones y éstas, a través de sus órganos, las interpretan y aplican al administrar justicia. Nace así, con el Derecho Mercantil, -aplicable sólo a mercaderes y en razón de su actividad profesional- una jurisdicción especial que se limita inicialmente a los litigios surgidos entre los miembros de las Corporaciones en sus relaciones de negocios³. Sin embargo, hasta el siglo XIII, las fuentes que se han ocupado de la quiebra no han hecho distinción de la persona del deudor, pudiendo ser comerciante o no, ya que el tener deudas con varios acreedores no presupone la calificación de comerciante⁴. Incluso, como analizaremos más adelante, pocos Estatutos reconocen en este periodo, de una manera formal, la existencia de la quiebra en mercaderes o “*ex causa negotiationis vel cambi*”⁵.

² OLIVENCIA RUIZ, M., “El Derecho Mercantil. Origen y evolución histórica”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., (coord.), *Derecho Mercantil*, vol. I, 12ª edic., Barcelona 2008, pp. -12.

³ OLIVENCIA RUIZ, M., “El Derecho Mercantil.....”, cit., pp. 5-12.

⁴ ALEJANDRE GARCÍA, J.A., *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*, Universidad Hispalense, Secc. Derecho, nº 7, 1970, pp. 61 ss.

⁵ SANTARELLI, V., *Per la storia del fallimento nelle legislazione italiane dell'età intermedia*, Padova 1964, p.80.

La Constitución para uso de la ciudad de Pisa (*Constitutum usus Pisanae civitatis*), en vigor a comienzos del siglo XIII (posiblemente entre 1220-1226)⁶ sería .para una parte de la doctrina, la primera fuente reguladora de la quiebra⁷, a la que seguirían los Estatutos de Verona (1228), Vercelli (1241), de los Banqueros de Bolonia (1245), Siena (1262).... El carácter originario de la quiebra en los Estatutos italianos tiene unas características primordialmente penales: el arresto, la tortura, la infamia, se aplicaban comúnmente al incurso en quiebra. Una de las sanciones que se usaban contra el quebrado era la de romper o quebrar el banco (de donde se ha derivado el origen de la palabra anglosajona *Bankruptcy*) –lugar físico que ocupaban en la plaza los mercaderes en sus actividades- y que les inhabilitaba para el ejercicio de la profesión. Ya, a mediados del siglo XIII, y sin perder su carácter punitivo, se procura la satisfacción de los intereses de crédito de los acreedores⁸.

El *Constitutum usus Pisanae civitatis*, dejando aparte sus connotaciones penales y centrándonos en el contenido patrimonial contra el deudor insolvente de una pluralidad de acreedores, no va más allá del reconocimiento de la *cessio bonorum*, la cual debe tener necesariamente por objeto el patrimonio total del deudor. Sin embargo, tal cesión, no produce un efecto liberatorio en el quebrado, ya que si en el futuro llegase a mejor fortuna, deberá poner a disposición de los acreedores los bienes que consiga, hasta que las deudas se extingan por completo. De todas formas, el elemento diferenciador de la legislación sobre quiebra en los Estatutos italianos, el criterio que define el procedimiento de la quiebra, ya recogido en el primer *Constitutum* de Pisa, es el de reparto de los bienes del deudor que se hace entre los acreedores: tradicionalmente el principio general era *prior in*

⁶ ROSSI, G., *Il fallimento nel Diritto Americano*, Padova 1956, Cedam, pp. 4-5. Rossi, sin perder de vista el origen penal de la quiebra, señala que los institutos que contribuyeron a su formación fueron la *datio in solutum per iudicem*, la *missio in possessionem* y el secuestro. La autoridad pública decretaba la desposesión del deudor; le seguía la puesta en posesión de sus bienes en manos de los acreedores, en un plano de paridad y, finalmente se consumaba el secuestro de su patrimonio en la medida en que se aseguraba la conservación de los bienes del deudor para evitar su dispersión. De la combinación de estos tres institutos –según el citado autor- surge la quiebra. Vid. también ROCCO, I., *Il fallimento*, Torino 1917, pp. 195 ss.

⁷ SANTARELLI, V., *Per la storia del fallimento...*, cit., p. 26. En la Constitución de Pisa se recoge una norma de “illis qui non habent unde solvant creditoribus”, es decir, de aquellos deudores, sin patrimonio suficiente, con varios acreedores.

⁸ PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma del Derecho concursal comparado y español (los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Civitas 1994, p. 24.

tempore potius in iure. A partir de ahora, y durante 5 siglos (XIII a XVIII), todos los acreedores del quebrado serán tratados en un plano de igualdad, con el respeto más absoluto a la *par conditio creditorum* respecto de todos los bienes del deudor⁹. Sin embargo, este nuevo principio general fue excepcionado en casos particulares *equitatis ratione suadente*, como se recoge en el “*Constitutum*” de Pisa, pues se permite un derecho de separación a quien encuentre en el patrimonio del deudor la cosa por él entregada, cuando todavía se le debe la contraprestación¹⁰.

Los distintos Estatutos que continuaron promulgándose en otras ciudades italianas (Milán –1330-; Cremona –1388-; Brescia –1429-) establecen que la quiebra sólo se aplicará en caso de mercaderes y banqueros fugitivos (la fuga era presupuesto de insolvencia), por razón de deudas que tengan causa en actos de naturaleza comercial. Sin embargo en otros Estatutos se afirma que la quiebra se reserva a quienes ejercitan el comercio o la actividad bancaria, sin referirse a su cualificación como mercaderes o banqueros. Cabe, por tanto, indicar que la cualificación de *publicus mercator* (inscrito en Arte o Corporación) no era requerida como condición para aplicar el instituto de la quiebra. La mayoría de las fuentes indican que el procedimiento de quiebra estaba reservado a quienes se encontraban en estado de insolvencia por causa de deudas comerciales y ejercían –inscritos o no en una Corporación- alguna actividad comercial o artesanal¹¹. Así pues las principales características de la institución de la quiebra que se van recogiendo en los distintos Estatutos italianos son las siguientes:

- el procedimiento, así como su normativa, está en manos de la autoridad.
- se sanciona penalmente al deudor que no hace frente a sus obligaciones, bien por cesar en sus pagos, bien por fuga u ocultación.
- el quebrado no es sólo el deudor insolvente, sino el que no paga sus deudas al vencimiento.
- el instituto de la quiebra, que inicialmente se aplica al deudor sin especificar cualificación alguna, paulatinamente se va centrando en banqueros y mercaderes,

⁹ SANTARELLI, V., *Per la storia...*, o.c., p. 26.

¹⁰ SANTARELLI, V., *Per la storia...*, o.c., p. 24

¹¹ SANTARELLI, V., *Per la storia...*, o.c., p. 83.

- si bien será la actividad desarrollada la que tipifique el presupuesto subjetivo de la quiebra, más que la formalidad de su inscripción en el Arte o Corporación correspondiente.
- el principio fundamental que va a regir en la práctica totalidad de los Estatutos es la *par conditio creditorum*. Los acreedores serán tratados por igual. La prioridad en el tiempo que concedía mejor derecho en la ejecución individual, o incluso en la constituida por varios acreedores (Derecho visigodo), es sustituida, en el procedimiento de quiebra, por la igual condición de los acreedores.
 - sin embargo, ese nuevo principio general de igualdad en el reparto tendrá, también desde el principio, la excepción de los acreedores privilegiados¹². Los bienes se vendían libres de cargas, consiguiéndose el privilegio en la liquidación.
 - los bienes del quebrado debían venderse públicamente al mejor oferente, garantizando así la transparencia, la efectiva ejecución de la venta, tanto al deudor como a los acreedores. Sin embargo, los Estatutos no pormenorizan la venta de los bienes, ya que no se consideraba esencial, pues frecuentemente se utilizaba la *datio in solutum creditoris* de los bienes del quebrado.
 - .hay que incluir igualmente la supervivencia de los créditos no satisfechos en sede de quiebra, de tal forma que si el quebrado tornase a mejor fortuna en el futuro, estaba obligado a pagar a los acreedores todo lo que no hubieran recibido a través del procedimiento.

I.2 La quiebra en el Derecho español hasta la Codificación

Algunos autores distinguen en el Derecho español de quiebras (siglos XI a XIII), entre legislación catalana –receptora del Derecho estatutario italiano- y la legislación castellana, fundamentada en las Partidas, con base en la evolución de la cesión de bienes, con raíces directas en el Derecho romano, que no conoció su desarrollo hasta el siglo XV con el florecimiento de las ferias y mercados, por impulso de los Reyes Católicos y el

¹² Al privilegio de la cosa entregada, pendiente de pago, todavía en poder del deudor, se le añadirán el de la pignoración, hipoteca y, más tarde, los cánones de la ciudad o del Estado y deudas procedentes del trabajo.(Estatuto de Verona –1228-, Estatutos de Mercaderes de Padua –1370 y 1384-, Estatuto de Florencia –1548-, Estatuto de Génova –1589-).

Descubrimiento de América, al ponerse en juego mayores capitales. Para quienes defienden la influencia del Derecho italiano en la legislación catalana, se configura la quiebra, por primera vez en España, merced al auge comercial y económico, cuya actividad necesitaba una protección. El tráfico mercantil, durante el siglo XIII, comienza a desarrollarse y a adquirir cada vez mayor entidad. Hasta ese momento, en Cataluña no había existido una economía capitalista y tanto la prisión por deudas como la cesión de bienes bastaba para regular la vida económica, en gran parte rural. La quiebra, al ofrecer un tratamiento más riguroso de la insolvencia, responde al criterio de evitar los peligros de fraude en la expansión del comercio¹³.

La primera Ley que regula la quiebra del comerciante se dicta bajo el reinado de Jaime II, en las Cortes de Barcelona (1299), con evidente paralelismo con el Estatuto del Arte y Cambio de *Firenze* (1299), contemplándose un tipo específico de deudor, los negociantes o banqueros, a quienes, por causa de la insolvencia, se les llama *abatuts* (quebrados). No existe un desarrollo completo del procedimiento, aunque se apuntan características que posteriormente se completarán¹⁴. En la segunda disposición catalana – Constitución de las Corts de Lérida (1301)- se define “*abatut*”, en función del hecho externo del incumplimiento de sus obligaciones de pago a los acreedores, con independencia de cual sea la situación económica de fondo, tal y como ocurre en los Estatutos italianos¹⁵. Alfonso III de Aragón, en las Cortes de Montblanc (1333) promulga

¹³ ALEJANDRE GARCÍA, J.A., *La quiebra en el Derecho...*, o.c., p.66.

¹⁴ ALEJANDRE GARCÍA, J.A., *La quiebra en el Derecho...*, o.c., pp. 61 ss. Se introduce una legislación propia y exclusiva para ellos, pero no se sustituye el procedimiento de cesión de bienes vigente, sino que van a existir dos instituciones: la quiebra para banqueros y posteriormente para comerciantes en general y la cesión de bienes, que rige la insolvencia, para los deudores comunes, a los que no les afecta la quiebra. En la Ley de Cortes de Barcelona (Constitution y altres Drets de Cathalunya I, vol. IX, 1º, 1) se indica “quiscun cambiador quis abata o qui ja sie stat, o sie abatut, que null temps tinga taula de cambi, nel algun office nostre, mes que sie haut., e cridat per infame, e per abatut per la ciutat, e per lo loc hon haura usat del offici, e que sia detengut press fins haja satisfet, e non menje sino pa y agua”. Y, según se recoge en el Estatuto del Arte y Cambio de Firenze: “...non possit ille talis campsor cessans...artem cambii aliquatenus exercere, nec patiantur consules quod ipsam artem exerceat... nec sit de collegio artis campsorum, sed ipso facto sit positus in deveto”. Se advierten coincidencias en ambos textos: se refieren al banquero, ya que son los más expuestos a la insolvencia. La sanción para el “abatut” o quebrado es la misma en ambas leyes: prohibición del ejercicio de su profesión. El texto catalán: preso a “pan y agua”, revela un parecido con la prisión por deudas.

¹⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *El Presupuesto Objetivo de la quiebra. Evolución y perspectivas actuales en Derecho comparado y español*, Tesis Doctoral, Univ. Complutense, Madrid 1992, pp. 652 ss.

una Disposición sobre mercaderes, peleteros, etc. en la que la fuga, ausencia u ocultación constituyen causas suficientes para declarar la quiebra. De todas formas, en el fondo está implícito el concepto mantenido en las Cortes de Lérida, cual es el de no atender los pagos.

En Castilla, por el contrario, los institutos que surgen en el siglo XIII son distintos a la quiebra, desconocida en el Derecho medieval estatutario. El de mayor relevancia es el contenido en Las Partidas de Alfonso X el Sabio, el cual está influenciado tanto por el Derecho Romano como por el Canónico y el Visigodo. En ellos se regulaban institutos de carácter concursal como la cesión de bienes, el abandono liberatorio extrajudicial y el alzamiento. En el Preámbulo del Título XV de las Partidas se expresa: “Desamparan los deudores a las vegadas sus bienes vuyendo que no pueden pagar lo que deben...quando no han poderío de fazer la paga”. Aparecen aquí, a nivel jurídico, los conceptos de insolvencia, solvencia y cesación de pagos; con relación a la cesión de bienes, se hace cesión de ellos cuando el deudor no paga, pero no con independencia de la causa, sino cuando se debe a una incapacidad de pago, o sea a una insolvencia. En la Partida V (Título XV) se define la solvencia como aquella situación en que “son fechas las pagas por aquellas que las han de poder facer”, es decir con capacidad de pago. Por otra parte, se combinan con relación a la cesión de bienes, los hechos externos –presupuestos de apertura de la quiebra en los Estatutos italianos- con una situación económica, cual es la insolvencia, entendida como incapacidad de pago, considerando la cesación de pagos como manifestación externa de ésta¹⁶ De todas formas, la configuración de la quiebra en el Derecho castellano no se produce hasta los siglos XV-XVI –como antes indicamos- por el florecimiento económico-comercial que se produce en torno a Flandes¹⁷ y el movimiento de capitales y mercancías que supuso el Descubrimiento de América.

¹⁶ PULGAR, J., *El Presupuesto Objetivo....*, o.c., pp. 652 ss. Se advierte que en estos fragmentos no se hace referencia expresamente al comerciante sino al deudor en general.

¹⁷ La lana merina castellana llega a Flandes, partiendo de Burgos (centro recolector), Bilbao (centro expendedor) y Brujas (núcleo receptor). El florecimiento comercial con Flandes hace que se erija un consulado castellano en Brujas. De esta forma, se entra en contacto con representantes florentinos, venecianos, etc., empezándose así a configurarse la quiebra en Derecho castellano, aunque sin embargo ésta parece más una derivación directa de la cesión de bienes romana, regulada en las Partidas, que como resultado de un proceso de recepción del Derecho estatutario italiano en materia de quiebra. Vid. ALEJANDRE GARCÍA, J.A., *La quiebra en el Derecho...*, o.c., pp. 65 ss.

La legislación castellana, en materia de quiebra, es escasa e incompleta en su contenido, frente a lo que acontece en el Derecho catalán. La primera Ley sobre quiebra la promulga la Reina Juana en Valladolid (1548). En ella se denomina quiebra a la actuación del comerciante que sin haber huido u ocultado bienes, carece de medios de pago. Frente al legislador catalán, la institución castellana cifra la quiebra en la situación económica de fondo, más que en los hechos externos de incumplimiento. Sin embargo, no se regula el procedimiento por el que debe resolverse la situación, remitiéndose para ello a las leyes de Castilla. En la práctica judicial, se seguía el procedimiento de la cesión de bienes para regular los aspectos procesales de la quiebra.

La doctrina española, en el Derecho castellano, va desarrollando y cubriendo el tratamiento legal, insuficiente en materia de quiebra. Destaca Amador Rodríguez, en cuyo *Tractatus de concursu et privilegiis creditorum in bonis debitorum* (1616), de contenido procesal, se aplica por primera vez el término “concurso” para denominar la situación del deudor que tiene multiplicidad de acreedores. Y sobre todo, Francisco Salgado de Somoza que, con su *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam* (publicado en 1651), es el primero, con proyección mundial, que sistematiza científicamente la doctrina de la quiebra, recogiendo 4 instituciones españolas, típicas de ese instituto¹⁸: espera, quita, cuando el deudor conviene con unos y los otros se oponen y contienden entre ellos cual ha de ser privilegiado y cuando el deudor convoca por sí mismo a los acreedores (concurso) y les cede los bienes. Salgado sólo desarrolla la cesión de bienes en base al instituto contenido en las Partidas, aunque no establece diferencias entre comerciantes y no comerciantes. La obra de Salgado de Somoza tendrá amplia repercusión en el Derecho de quiebra tanto alemán (*Konkursordnung* de 1898), como anglosajón (su técnica se empleará en la *Bankruptcy Act* inglesa de 1833 y la *Bankruptcy Act* USA de 2 de julio de 1898)¹⁹.

¹⁸ ALEJANDRE GARCÍA, J.A., *La quiebra en el Derecho...*, o.c., pp. 10 a 12.

¹⁹ PULGAR EZQUERRA, J., *El Presupuesto Objetivo...*, o.c., p.662.

Ya en el siglo XVIII hay que mencionar con particular relieve las Ordenanzas de Bilbao, confirmadas por Felipe V en 1737 y las del Consulado de Málaga, las cuales se redactaron un siglo después, en 1824. Las Ordenanzas de Bilbao llegaron a regir en casi toda la Península, iniciando el proceso de unificación del Derecho concursal español. Se regula la quiebra por primera vez a nivel legal, de manera completa y sistemática, recogiendo la doctrina y tradición española, con origen en las Partidas., siendo el primer texto legislativo que distingue regímenes jurídicos de tratamiento de las crisis económicas, diferenciándolos por razón de “comerciante” del deudor²⁰.

En su Capítulo XVII donde se trata “De los atrasados, fallidos, quebrados o alzados; sus clases y modo de proceder en sus quiebras”, se recoge como presupuesto objetivo para la apertura de la quiebra la situación económica de fondo, combinada con el establecimiento de manifestaciones externas: “Por la desgracia de los tiempos e infelicidad o malicia de algunos comerciantes, se experimentan muchas veces atrasos, falencias o quiebras en su crédito y comercio, no pudiendo o no queriendo cumplir con los pagamentos a su cargo, unos ausentándose y otros refugiándose en las Iglesias, sin dejar de manifiesto sus libros, papeles y cuentas con la debida claridad”. Se diferencian, además, tres clases de quebrados: atrasados, fallidos y quebrados o alzados, en función de la falta de liquidez, insolvencia no culpable e insolvencia fraudulenta. Los atrasados –claro antecedente de la suspensión de pagos- son los que no pagan lo que deben a su debido tiempo, “teniendo bastantes bienes para pagar enteramente a sus acreedores” y si se justificase que por accidente no se hallan en disposición de poderlo hacer con puntualidad, haciéndolo después.

En segundo lugar los quebrados inculpables son los que “por infortunios que inculpablemente les acaecieren...resultan quedar alcanzados en sus caudales y vinieron a pedir quita y disminución a sus acreedores, concluyendo en pagar parte de sus deudas con fiadores o sin ellos dentro de ciertos plazos” (Cap. XVII., III). Y, finalmente, los alzados son los que “conociendo su mal estado, no obstante él, arriesgan los caudales ajenos con dolo y fraude, compran mercaderías a plazos con subidos precios y los venden al contado

²⁰ MAMPEL Y BONSIGNORI, *La doctrina española de la quiebra*, Madrid 1930, pp. 79-85.

a menos de su justo valor... y alzándose finalmente.... A estos alzados se les ha de tener como infames, ladrones y robadores de hacienda ajena y se les perseguirá en proporción a sus delitos”.²¹

En las Ordenanzas de Málaga de 30 de junio de 1825 se contendrá un completo tratado de la quiebra²², si bien no llegaron a estar vigentes, ya que el Código de Comercio de 1829 derogó todas las Ordenanzas Consulares del Reino.

I.3 La liquidación concursal de la empresa en el Derecho Comparado a partir de la Codificación

3.1 Antecedentes

Las primeras manifestaciones de una ejecución colectiva aparecen en el **Reino Unido**, a mediados del siglo XVI (*Law Merchant*, absorbido en el *Common Law*), como un conjunto de reglas de carácter consuetudinario –basadas en los principios de equidad-, aplicables exclusivamente a los comerciantes y dirigidas a disciplinar los intercambios comerciales entre Inglaterra y el Continente. Se pretendía que la posición de los acreedores, excluidos en la ejecución singular por el principio *prior in tempore potius in iure*, estuviese protegida. Para ello, se buscó un modo de ejecución que les tuviera en cuenta, apoyándose en el principio de la *par conditio creditorum*, que se venía aplicando en los institutos italianos.

La institución de la *Bankruptcy*, aunque tuvo su origen en el *Statute Law*, a su creación y desarrollo contribuyó en gran medida el *Common Law*. El *Common Law* y la *Equity* modifican las leyes, introduciendo normas basadas en principios equitativos, al necesitarse disciplinar situaciones nuevas y no previstas. Esos principios, inspirados en el *favor debitoris*, constituirán la estructura esencial y original de la *Bankruptcy*.

²¹ Vid. BENITO Y MAMPEL Y BONSIGNORI, *La doctrina española de la quiebra*, o.c., pp. 79-85.

²² Vid. CORDONES RAMÍREZ. M., AURIOLES MARTÍN, A., *La quiebra en las Ordenanzas consulares de Málaga*, Málaga 1987.

El desarrollo del comercio trajo consigo la necesidad de solucionar el problema de la insolvencia del comerciante. En un sistema económico de mutua dependencia, el fracaso de un comerciante implicaba habitualmente consecuencias perniciosas para los demás. A causa de las presiones de los comerciantes franceses y de los gremios, Enrique VIII promulga la primera ley concursal inglesa en 1543 (*A statute for such persons as do make Bankrupt*). Las leyes concursales se ocupan primordialmente de regular los aspectos penales de la quiebra del comerciante. El quebrado –considerado persona ignominiosa y sospechosa de futuro comportamiento indigno– sufría reclusión penal, incluso de por vida. Las leyes no distinguen entre quiebra fortuita o fraudulenta. Se despojaba al deudor, físicamente, de sus bienes, poniéndolos bajo el control de un grupo de *Commisioners*, encargados de su liquidación. Sin embargo, se va desarrollando paulatinamente una tendencia hacia el *favor debitoris*, aplicable al deudor no culpable, que cristalizará en la Reforma, durante el reinado de Ana (leyes de 1705 y 1711), mediante la cual se acuerda conceder al deudor honesto (sin fraude, con buena conducta) un Certificado de Conformidad, mediante el cual se le liberaba de las deudas contraídas sin responder de ellas, pudiendo, durante el procedimiento de quiebra, abandonar sus bienes para satisfacer a los acreedores e iniciar, completamente libre, una nueva vida. Del Certificado de Conformidad derivó posteriormente el instituto de la *Discharge*, mediante el cual el deudor queda libre de todas sus obligaciones con la liquidación de sus bienes, cualquiera que fuera el porcentaje percibido por los acreedores²³. En este periodo se acentúa la diferencia entre el procedimiento aplicable a los comerciantes (*Bankruptcy*) del que sufrían los deudores comunes (más riguroso; con encarcelamiento, incluso antes del juicio). La diferencia de trato se justificaba en razón a que los comerciantes eran los únicos que podían sufrir pérdidas accidentales o incapacidad para pagar sus deudas sin culpa alguna, mientras que era injustificable que un no comerciante incurriese en grandes deudas²⁴.

²³ ROSSI, G., *Il fallimento...*, o.c., pp. 10-17.

²⁴ TIRADO MARTÍ, I., “La Liquidación concursal de Sociedades en el derecho inglés”, *RdS*, nº 17, 2001., p. 202.

En **Francia**, la Ordenanza de Colbert del Comercio y la Marina (1673) –promulgada bajo el reinado de Luis XIV- intenta atenuar la excesiva rigurosidad sancionadora de la quiebra (prisión por deudas) para el deudor bueno pero desafortunado, mediante la cesión de bienes, derivada de la *cessio bonorum* romana. La quiebra se considerará abierta desde el día en que el deudor sea apartado o hayan sido precintados sus bienes. Estos hechos serán considerados como manifestaciones externas de la cesación de pagos. En esta Ordenanza se recogen también convenios deudor-acreedores, mediante los cuales terminaba la quiebra, en lugar de procederse a la liquidación de los bienes del deudor²⁵.

3.2 La liquidación concursal de la empresa en el siglo XIX

El tránsito del comercio a la industria alcanza su madurez en el siglo XIX. La economía es ya industrial, financiera y de servicios en un marco de Economía de Mercado. El dirigismo económico de la etapa mercantilista (siglos XVI-XVIII) deja paso a la no intervención del Estado en la Economía. El Mercado regulará la Economía. El Estado asegura legislativamente que esa autorregulación se produzca. En lo que se refiere al orden jurídico-formal se va a continuar el proceso de estatalización de las fuentes de producción normativa, mediante la Codificación, estableciéndose la separación entre Codificación civil y mercantil –con la excepción del *Codice* italiano de 1942, ya en el siglo XX- y la singularidad del modelo anglosajón en la que destaca la absorción del *Law Merchant* inglés por el *Common Law*.

El Derecho concursal, durante gran parte del siglo XIX, se va a caracterizar por un dualismo institucional: quiebra y convenios, si bien, hasta sus últimas décadas, el convenio solutorio –solución conservativa que evita la liquidación, pero que se inserta dentro de la quiebra- será el único modelo de convenio judicial existente. De todas formas, y siguiendo el marco privatista de este periodo, la liquidación va a primar sobre cualquier otra solución. El mercado irá eliminando a los sujetos económicos que no se adapten a sus reglas. La quiebra, como instituto solutorio-liquidativo, va a constituir la vía concursal que

²⁵ PULGAR EZQUERRA, J., *El Presupuesto objetivo...*, o.c., pp. 105 ss.

persigue la satisfacción de los acreedores a través de la liquidación del patrimonio del deudor²⁶. Con la “*liquidation judiciaire*”, recogida en la Ley francesa de 1889, se abre paso el convenio preventivo judicial, al que podrá acogerse, para librarse de la quiebra, el comerciante bueno pero desafortunado. Durante este periodo no va a ser la viabilidad económica de la empresa la que delimite la apertura del convenio frente a la quiebra, sino la especial cualificación del deudor, no por lo que se refiere a sus condiciones ético-morales, sino al modo en que ha venido desarrollando su actividad, sin fraude, hurto, bancarrota o apropiación indebida; sin incumplimiento de un convenio anterior y que ha llevado correctamente la contabilidad. Esos convenios, como solución negociada al margen de la liquidación, no se facilitan a la empresa sino al comerciante, al empresario. El Derecho concursal es del empresario, no de la empresa, criterio que continuará hasta el siglo XX, en el que se planteará la separación empresario-empresa.²⁷

En 1807 se promulga el Código de Comercio francés, que regula, mediante el instituto de la quiebra, el tratamiento de las crisis económicas del comerciante (arts. 437 ss). Tuvo una gran influencia en la institución concursal de los Códigos italianos de 1842 y 1865; en la Ley belga de 1851, que dio lugar al Libro III de su Código de Comercio, así como en el Código de *Fallencias* portugués de 1833 y en el primer Código de Comercio español de 1829. El Código napoleónico de 1807 centra la quiebra en la cesación de pagos. Todo comerciante que cese en sus pagos –art. 437- está en estado de quiebra. Sin embargo, “cesación de pagos” no parece que pudiera equipararse a insolvencia como situación de fondo (desbalance), sino más bien se identificaría con un hecho externo o material, con independencia de la causa que lo motivase. La situación real económica no influye en la configuración conceptual de la cesación de pagos²⁸. En su art. 441, nn. 1 y 2 se explicitan

²⁶ PULGAR EZQUERRA, J., *La Reforma...*, o.c., p. 25.

²⁷ PULGAR EZQUERRA, J., *La Reforma...*, o.c., pp. 29-30. Hay que hacer notar que en algunos ordenamientos se comienza ya a regular la quiebra de sociedades de capital.

²⁸ Este era el criterio mayoritario de la doctrina. Un sector minoritario – Vid. LUCRÉ, *Esprit du Code du Commerce*, Tomo III. Paris 1829 pp. 6 ss- distingue entre cesación de pagos (identificada con la imposibilidad de pago y suspensión de pagos (mero retraso). Para este sector sólo la cesación que imposibilita el pago es presupuesto objetivo de la quiebra.

como hechos externos (seguramente de carácter ejemplificativo, no cerrado)²⁹, la fuga del deudor, cierre de sus establecimientos y fecha en la que se constata la negativa del pago. Su comprobación bastaba para declarar la quiebra, ya que estos hechos suponían la existencia de la cesación de pagos, como manifestaciones exteriorizadas de la misma. Existe, para el legislador francés, una sustantivación de los hechos externos como presupuesto objetivo de la quiebra, con independencia de la situación de fondo. El juez deberá constatar el hecho externo que implica sobreseimiento de pagos.

El art. 438 del Código napoleónico expresaba la obligación del quebrado de solicitar la declaración de quiebra en los 15 días siguientes a la cesación de pagos, ante el Tribunal de comercio competente, acompañada del depósito del Balance o la expresión de motivos que le impedían depositarlo. Con la nueva redacción del Código, por Ley de 4 de marzo de 1889, bastaba la solicitud de quiebra del deudor para que ésta se declarase automáticamente, sin que existiera comprobación de la cesación de pagos, lo cual podía inducir al deudor a solicitar la quiebra sin que la situación económica lo justificase y ello con el fin de lograr un acuerdo con los acreedores. La declaración de quiebra tenía lugar también mediante petición de acreedores –como un derecho, no como obligación– y de oficio (en este caso, para la protección del interés público, presente en la quiebra). La sentencia que declaraba la quiebra era provisionalmente ejecutiva; se nombraba Juez Comisario, uno o más síndicos provisionales, prescribiéndose medidas relativas a bienes y persona del quebrado (encarcelación, desapoderamiento).³⁰ La técnica legislativa de la cesación de pagos, fundamentada en manifestaciones externas, como presupuesto objetivo de apertura de la quiebra, aunque revisada a través de reformas, va a perdurar hasta la Ley de 25 de enero de 1985. La principal reforma de este periodo –en 1889– radicó en la introducción del convenio preventivo judicial, el cual constituía no un procedimiento autónomo –como ocurrirá en los Ordenamientos de Italia, Bélgica y España, a partir de 1885– sino una de las posibles soluciones a un procedimiento liquidativo, alternativo de la quiebra, denominado *liquidation judiciaire*, que ofrecía al deudor desafortunado, aunque

²⁹ PULGAR EZQUERRA, J., *El Presupuesto Objetivo...*, o.c., p. 118. En la nueva redacción del Código de 1807, llevada a cabo en 1889, no se determina legalmente, ni siquiera de modo ejemplificativo, cuales hayan de ser las manifestaciones externas de la cesación de pagos.

³⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *El Presupuesto Objetivo...*, o.c., pp. 110 ss.

de buena fe, la ventaja de atenuar los efectos que sobre él tenía la quiebra. El único sujeto legitimado para solicitar su apertura era el deudor.

La liquidación judicial precedía siempre a la declaración de apertura de la quiebra, por su carácter preventivo de la misma. La quiebra sería declarada si el juez no procedía a la apertura de la *liquidation judiciaire* o bien el comerciante había incurrido en causas de quiebra (bancarota simple o fraudulenta), ya que, en tales casos, se le impedía la solicitud de este procedimiento., el cual no daba lugar al desapoderamiento del deudor y su sustitución por un liquidador. El propio deudor continuaba gestionando sus negocios, asistido por un liquidador. Tampoco incurría en la privación de sus derechos civiles y políticos que comportaba la quiebra.³¹ El procedimiento podía concluir bien mediante un convenio preventivo con sus acreedores, de carácter conservativo (consistente en quitas y/o esperas) o a través de una liquidación –también de carácter preventivo-, mediante el abandono del activo, cediendo el deudor sus bienes en pago de sus deudas. Finalmente, la Ley de 1889 reguló los convenios solutorios de la quiebra, que el deudor, bueno pero desafortunado, podía proponer a sus acreedores como solución a la quiebra ya declarada, que serán suprimidos por Decreto Ley en 1955.

La Ley concursal alemana (Konkursordnung) de 17 de mayo de 1898 regula la quiebra como instituto liquidativo.

Por lo que se refiere a las sociedades capitalistas (S.A., S.R.L. y Comanditarias por acciones) la insolvencia o, indistintamente, el endeudamiento excesivo son causa de la quiebra³². El endeudamiento excesivo tiene mayor trascendencia que el desbalance, ya que no sólo hay un pasivo superior al activo, sino que es notablemente superior. La razón de ser de estos criterios de apertura para las personas jurídicas capitalistas está basada en el mayor grado de protección que sus acreedores necesitan, ya que no existe otro respaldo que el activo societario, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las personas físicas, que

³¹ RIPERT, G., *Droit Commercial*, Tomo II, Paris 1976, pp. 250 ss y THALER, *Droit Commercial*, Paris 1925, pp. 1039 ss.

³² Mientras que para el legislador francés la causa de la quiebra son los hechos externos, para el alemán la constituirá la situación económica de fondo.

responden ilimitadamente de las deudas. Por ello, los acreedores pueden promover la apertura de la quiebra de “forma anticipada”, tan pronto como del Balance se desprenda una situación de endeudamiento excesivo, aunque la Sociedad continúe normalmente con el cumplimiento de sus obligaciones y el pago de sus deudas. Además, la insolvencia sigue siendo causa de apertura del procedimiento, aun sin endeudamiento excesivo³³.

En el Derecho concursal anglosajón la primera gran modernización, coincidiendo con la codificación continental, viene configurada en la Ley de inglesa de 1825, recopilación de normas y usos procedentes del *Common Law*. En esta Ley se introduce por primera vez la posibilidad de instar la quiebra el propio deudor.³⁴ La *Bankruptcy Act* de 1883 sanciona el carácter público del procedimiento de la quiebra, en cuanto a su modelo orgánico³⁵ que será aplicable a las personas físicas y Sociedades personalistas, ya que las sociedades capitalistas se regían por la *Corporate Insolvency Act* de 1844, quedando sustraídas, en consecuencia, al régimen jurídico de las sociedades personalistas y de las personas físicas.

En esta normativa concursal se configura la extinción de las Compañías mercantiles (tanto en el caso de insolvencia –liquidación concursal- como para la extinción de una persona jurídica por voluntad de sus miembros)³⁶. Sin embargo el legislador hace remisiones constantes a la *Bankruptcy Act*, entonces vigente, pretendiendo así someter a las Compañías Mercantiles a un procedimiento concursal prácticamente igual al existente para las personas físicas, sin que la Ley de 1844 contemplase la plena limitación de responsabilidad de los socios. Por ello, al promulgarse meses después la *Winding-up of Joint Stock Companies Act* (que disponía regular la liquidación societaria mediante la

³³ La insolvencia, conceptuada como carencia permanente de medios de pago, tanto en casos de iliquidez como de desbalance, está unida a un sistema de manifestaciones externas de insolvencia, n como manifestaciones tasadas, sino como clausula general (obviando así dejar fuera de la quiebra a entidades que, en los ordenamientos anglosajones quedarían exoneradas).

³⁴ TIRADO MARTÍ, I., “La liquidación concursal ...”, art. cit., p. 202.

³⁵ ROSSI, G., *Il fallimento...*, o.c., pp. 18 ss. PULGAR, J., *El Presupuesto objetivo...*, o.c., pp. 262 ss. El procedimiento es publicista en sus órganos, pero privatista en la toma de decisiones, ya que la suerte de la empresa no se encomienda a los órganos públicos sino a los acreedores.

³⁶ En ese mismo año se había promulgado la Ley que desarrollaba la normativa aplicable a las Compañías Mercantiles, reconociéndoles personalidad jurídica, diferenciada de la de sus miembros, mediante la inscripción en un Registro específico. TIRADO MARTÍ, I., “La liquidación concursal...”, art. cit., p. 204.

legislación concursal general –*Bankruptcy Law*–), se dio con frecuencia que un acreedor solicitase la apertura de un procedimiento concursal contra una Compañía, a la vez que otro acreedor se dirigía ante un Juez diferente, directamente contra los accionistas. La situación se soluciona con la *Ley Joint Stock Companies Act* de 1856, que reconocía, en el ámbito concursal, la limitación de responsabilidad de las Compañías, estableciendo un reparto de competencias más adecuado. Esta Ley supuso la separación definitiva de la quiebra de las sociedades mercantiles respecto de las personas físicas. El sistema de dos regulaciones paralelas –una concursal y otra incluida en la legislación societaria general–, continúa actualmente, salvo por lo que se refiere a la separación en dos cuerpos legislativos independientes, ya que con la reforma de 1986, ambos se regulan con la *Insolvency Act*.

El sistema concursal norteamericano durante el siglo XIX no puede comprenderse sin acudir al origen y desarrollo del Derecho concursal inglés, si bien no se puede afirmar que ambos, en materia de quiebra, formen un bloque compacto. La Ley de 1800, favorable a los acreedores, recoge la estructura de la *Bankruptcy* inglesa. Se introducen los *Acts of Bankruptcy*, que son de aplicación exclusiva a comerciantes. Acoge una interpretación restrictiva de la *Bankruptcy*, en el sentido de significar solamente la quiebra, como ocurría en el derecho inglés. Ya en 1841 –con un trato de favor a los deudores– la quiebra se hace extensiva también a los no comerciantes; sólo el procedimiento *involuntary petition* (los solicitantes de la quiebra son los acreedores) se reserva a los comerciantes³⁷; se introduce la *discharge*³⁸ sin aprobación de los acreedores, concediendo al deudor (*voluntary petition*) la posibilidad de pedir la propia quiebra. Por otra parte, se despoja a los acreedores de todo poder en la administración de la quiebra, desapareciendo la Asamblea de acreedores. En el Proyecto *Equity Bill* de 1883 se sanciona el carácter público de la quiebra, a la vez que se toma una posición decidida contra el Derecho inglés, al introducirse por primera vez un nuevo concepto de insolvencia –el desbalance– el cual

³⁷ ROSSI, G., *Il fallimento... o.c.*, p. 33.

³⁸ Mediante la *discharge*, el deudor que ponía todos sus bienes a disposición de los acreedores, quedaba “descargado” de toda responsabilidad ulterior, una vez vendidos y distribuidos sus bienes entre sus acreedores, pudiendo reiniciar sus actividades sin que sus bienes futuros pudieran ser trabados por el procedimiento cerrado con la *discharge*. MÁRMOL, DEL, Ch., *La faillité en droit anglo saxon. Reglement de la faillité*, Paris 1936, p. 66.

se verá definitivamente refrendado en la *Bankruptcy Act* de 1898 (favorable a los deudores). Con este criterio, se trata de evitar que la iliquidez conduzca demasiado fácilmente a la quiebra. El presupuesto objetivo de apertura del procedimiento será, por tanto, la situación económica de fondo del deudor, la insolvencia entendida como desbalance. Es una condición que debe añadirse a cualquiera de los *Acts of Bankruptcy* (numerus clausus) de manifestaciones externas (al igual que el derecho inglés). De esta manera, quedan fuera de la quiebra las situaciones transitorias de iliquidez, así como el desbalance, cuyas manifestaciones externas no estén incluidas en los *Acts of Bankruptcy* taxativamente sancionados en la Ley³⁹. Por otra parte, la comprobación de la quiebra se lleva a cabo a priori (como en el Derecho alemán). El acreedor que solicita la apertura de la quiebra deberá probar un *Act of Bankruptcy* del deudor y sólo si el Tribunal comprueba además que tras ese hecho existe una situación de insolvencia, se declara la quiebra. Mediante este método de comprobación se asegura la liquidación de empresas realmente insolventes, con el inconveniente de dejar fuera del procedimiento a aquellas que –siendo también insolventes– sus *Acts of Bankruptcy* no están legalmente tipificados como tales⁴⁰. La quiebra se configura en USA –frente al sistema concursal inglés de un único procedimiento con dos vías solutorias, liquidativa y conservativa– mediante dos procedimientos concursales: 1º) Un sistema de convenios, como procedimientos concursales alternativos entre sí (liquidativos unos y conservativos otros). 2º) La quiebra.⁴¹ El deudor puede solicitar la quiebra (*voluntary petition*), sin que para ello necesite estar sujeto a ningún *Act of Bankruptcy*. Ni siquiera se exige que exista incapacidad de pago de las deudas a su vencimiento, como en el Derecho inglés. Basta la simple existencia de deudas. Los acreedores (*involuntary petition*) deben probar la existencia de un *Act of Bankruptcy* cuatro meses antes de la solicitud de quiebra.

³⁹ PULGAR EZQUERRA, J., *El Presupuesto Objetivo...*, o.c., pp. 298 ss. ROSSI, G., *Il fallimento...*, o.c., pp. 33 ss.

⁴⁰ PULGAR EZQUERRA, J., *El Presupuesto Objetivo...*, o.c., pp. 298 ss.

⁴¹ Tanto los convenios de carácter conservativo como el *assignment for the benefit of creditor*, de carácter liquidativo, son convenios preventivos extrajudiciales, es decir, sustanciados antes de la declaración de quiebra. Sin embargo, los convenios solutorios de la quiebra se desarrollan una vez declarada ésta y como forma de liquidación de la misma.

3.3 La liquidación concursal de la empresa en el siglo XX. Modelos normativos recientes.

La crisis económica iniciada a partir de la Primera Guerra Mundial es una de las expresiones más llamativas de la insuficiencia del liberalismo económico y, en especial, del sistema competitivo en su concepción liberal. El mercado no alcanza a satisfacer los intereses generales, pasando el Estado a intervenir con mayor fuerza y de forma más reglamentada en los aspectos económicos, dando lugar a un marco de relaciones Estado-Sociedad, que significa orillar la separación de ambos, típica del liberalismo. Aunque se mantiene esencialmente el esquema económico capitalista, se pasa a un capitalismo reglamentado por el Estado, desarrollándose una política económica encaminada a la corrección del mercado, modelo que se ha venido a denominar “Economía Social de Mercado”. De todas formas, la intervención pública en la economía se producirá en coordinación con la Sociedad, coexistiendo dentro del mercado las libertades económicas con la potestad económica pública, coordinación que tendrá un matiz de mayor o menor control estatal, en función de los momentos históricos existentes en cada país. Después de la Segunda Guerra Mundial las potestades públicas estarán subordinadas a las libertades individuales, con el fin de relanzar la economía, posición que se revisará a raíz de la crisis del petróleo de 1973, con políticas de Estado conformadoras del sistema socioeconómico, cuestionado en un contexto de liberalismo económico y revisión del llamado Estado de bienestar.⁴²

En lo que concierne al Derecho concursal, de la relación existente durante el siglo XIX comerciante-negocio (empresario-empresa) que configuraba el Derecho concursal como del comerciante-empresario y no del negocio o empresa, se va a pasar, en el siglo XX, a una separación del empresario y la empresa a la hora de tratar las crisis económicas, configurándose un Derecho concursal orientado fundamentalmente hacia la empresa. La suerte de la empresa estará unida a su situación económica y a intereses públicos, generales y socio-laborales, lo que influirá decisivamente en su liquidación o conservación, con medidas de carácter patrimonial que afectarán a la empresa, en base a

⁴² PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma...*, o.c., pp. 31-34.

su situación económica y también de carácter personal, que recaerán no ya sobre el empresario, en cuanto titular de la empresa, sino sobre sus dirigentes.

El criterio de decisión sobre la solución conservativa o liquidativa a la crisis económica de las empresas ya no va a ser decisión exclusiva de deudor-acreedores, sino compartida, y a veces sustituida, con sujetos públicos, de carácter jurisdiccional o administrativo. Los órganos públicos pasan, de conformar las reglas de juego procedimentales de las crisis económicas empresariales, a asumir funciones relativas no sólo de control de su legalidad, sino de carácter decisorio sobre la solución de las mismas. El interés colectivo de los acreedores, en cuanto al cobro de sus deudas, finalidad concursal privativa del siglo XIX, va a coexistir ahora –e incluso, en ocasiones, a subordinarse- a la conservación de la empresa, por razones de interés público y en razón de su viabilidad⁴³.

En los ordenamientos jurídicos anglosajones (USA, Inglaterra) y en menor medida Alemania, van a coexistir los intereses públicos y privados en materia concursal, aunque sobre la base de la subordinación de los intereses públicos a los privados. Los ordenamientos jurídicos latinos, por el contrario (Francia, Italia, Portugal), basados en la no subordinación de las potestades económicas públicas a las libertades individuales, introducen, en ocasiones, una subordinación de los intereses privados, afectados en situaciones de crisis, a los intereses públicos, adquiriendo un creciente protagonismo los órganos públicos jurisdiccionales o administrativos en las decisiones a adoptar en las crisis económicas. De esta forma, y durante el siglo XX, en los países del área latina, el Derecho concursal va a dejar de tener un carácter exclusivamente solutorio y principalmente liquidativo, para pasar a coexistir con institutos eminentemente conservativos, incluso de carácter preventivo. La quiebra va a continuar como instituto de ejecución colectiva y los convenios con su finalidad conservativa. Sin embargo, ambos institutos van a dejar de tener una finalidad común prevalentemente solutoria (de satisfacción de acreedores), para desempeñar la quiebra, de forma principal y no

⁴³ PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma...*, o.c. p. 36.

instrumental, una función liquidativa y los convenios ejercer una función de conservación dentro del mercado, bien con carácter reorganizativo o incluso con finalidad preventiva⁴⁴.

Finalmente hay que indicar que la liquidación va siendo relegada a una posición subordinada y normalmente utilizada para el caso de imposibilidad de conservación de las empresas. De todos modos, la tendencia a la conservación de la empresa o de sus ramas de actividad va tomando cuerpo en algunos ordenamientos jurídicos, incluso en la finalidad liquidativa, de tal forma que, siempre que la empresa o parte de ella sea viable, se va a procurar liquidarla como tal, sirviendo así como finalidad de pago a los acreedores y de continuidad de la empresa en el mercado.

FRANCIA

En el Derecho concursal francés la reforma introducida por Ley de 13 de julio de 1967 va a suponer el punto de inflexión hacia los modernos criterios concursales. Introduce el principio de separación de la empresa respecto a los titulares o dirigentes de ésta, en orden al tratamiento de las crisis empresariales. Las medidas de orden patrimonial recaerán sobre la empresa y las de carácter personal sobre sus dirigentes. Aunque se mantienen los procedimientos concursales *liquidation de biens* (liquidación forzosa del patrimonio del deudor) y de *règlement judiciaire* (convenio judicial), el Tribunal, ante la apertura del procedimiento, deberá escoger el camino a seguir, en función de la crisis económica de la empresa, con independencia de la responsabilidad de sus dirigentes, a los cuales se les aplicarán medidas sancionatorias mediante un procedimiento de quiebra personal. El *règlement judiciaire* se reserva para las empresas susceptibles de saneamiento o reflotamiento. La *liquidation* va dirigida a la realización del activo en las empresas que carecen de viabilidad⁴⁵.

⁴⁴ PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma...*, o.c., p. 36.

⁴⁵ LEON SANZ, F., "Introducción a la Ley sobre el saneamiento y la liquidación judicial de empresas de 1985, en Textos de Derecho concursal europeo", RdM, 1985, pp. 117-118.

La Ley de 25 de enero de 1985, sobre saneamiento y liquidación judicial de empresas, reformada por Ley de 10 de junio de 1994, va a unificar en un instituto concursal el tratamiento de las crisis económicas de las empresas, el cual sustituye y refunde los anteriores procedimientos. A destacar como características fundamentales su carácter judicial, la pérdida definitiva del criterio sancionador del procedimiento concursal, la prevalencia de los intereses públicos y correlativa disminución del protagonismo de los intereses privados, en concreto de los intereses de los acreedores. Los objetivos de la Ley serán la conservación de la empresa, en primer lugar. Después, el mantenimiento del empleo y finalmente la satisfacción de los acreedores. Existen dos fases comunes en el procedimiento: la apertura y el periodo de observación y una fase solutoria: conservativa o liquidativa.⁴⁶

Están legitimados activamente para la solicitud del procedimiento el deudor, los acreedores, el procurador y el Tribunal, de oficio. La legitimación pasiva la tienen todos los comerciantes, artesanos, agricultores y toda persona jurídica de Derecho privado. La cesación de pagos, entendida como imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con el activo disponible (desbalance) es el presupuesto objetivo de apertura del procedimiento. La inejecución por el deudor de los compromisos financieros concluidos en el marco de un convenio amistoso (art. 5) constituye, igualmente, presupuesto de apertura del procedimiento de oficio o a solicitud del Ministerio fiscal. El deudor tiene el deber de solicitar su apertura en 15 días desde la cesación de pagos. La declaración de apertura sólo produce efectos sobre los órganos de la quiebra, no sobre el deudor, ni sobre los acreedores. El Tribunal nombra Juez Comisario, Administrador y Representante de los acreedores, debiendo hacerse notar que desaparece la Junta de acreedores del procedimiento.⁴⁷

Durante la fase de observación que sigue a la declaración de apertura del procedimiento, se paralizan las acciones judiciales de los acreedores, se interrumpen los

⁴⁶ BELTRÁN, E., “El nuevo Derecho concursal francés. La Ley de 25 de enero de 1985 relativa al *redressement et liquidation judiciaires*” La Ley, VI, nº 1204, Madrid 1985, pp. 1 y ss.

⁴⁷ PULGAR, J., *El Presupuesto Objetivo...*, o.c., pp. 511 ss.

intereses, se prohíben inscripciones de hipotecas, garantías reales y privilegios, así como se formula por el Administrador, con el concurso del deudor, consultado el Representante de los acreedores y eventualmente de expertos (arts. 18 y 20) el balance económico y social de la empresa, así como de un proyecto de plan de saneamiento, que incluirá la continuación o, incluso, la cesión de la empresa (art. 8). Si del análisis que efectúe el Administrador resulta inviable la continuación de la actividad, propondrá en su informe la liquidación judicial (art. 61). El Tribunal adoptará esta resolución, oídos o debidamente citados deudor, Representante de los acreedores y del Comité de Empresa⁴⁸ La liquidación judicial puede también pronunciarse sin la apertura de un periodo de observación – modificación introducida por la Ley 94-475 de 10 de junio de 1994- cuando la empresa haya cesado toda actividad o bien cuando el saneamiento sea manifiestamente imposible. Con estas medidas se trata de agilizar el procedimiento, de tal forma que pueda comenzar inmediatamente la liquidación de la empresa, evitando su deterioro en perjuicio de los acreedores.

La liquidación del activo, (regulada en los arts. 154-159 de la Ley de 1985), recoge específicamente en su art. 155 la transmisión de empresas. “Las unidades de producción – señala- compuestas en todo o en parte por el activo mobiliario o inmobiliario podrán transmitirse mediante una “cesión en globo”. Más que un plan de liquidación, en el caso de liquidación de empresas, lo que se exige del liquidador (Representante de los acreedores u otro nombrado por el Tribunal) es que realice las operaciones de liquidación comenzando por la promoción de ofertas de adquisición judicial directa –sin realización a través de subasta⁴⁹- a las que pueden acudir incluso acreedores, salvo el deudor, los

⁴⁸ Sólo y exclusivamente el Tribunal decidirá la solución liquidativa o conservativa. Se aprecia un fuerte carácter judicialista, con finalidad prioritaria conservativa, adoptándose la liquidación cuando la conservación de la empresa no sea posible. GUYÓN, Y., *Droit des affaires*, Tomo 2, Paris 1987, pp. 200-203.

⁴⁹ La cesión de la empresa está inserta en un plan de saneamiento (art. 61) que contempla la continuación de la empresa, su cesión o su continuación con una cesión parcial. Con la cesión –total o parcial- (art. 81) se trata de asegurar el mantenimiento de actividades susceptibles de explotación autónoma, de todo o parte de los empleos dependientes de ellas y satisfacer el pasivo.

La cesión parcial afectará a una unidad de elementos de explotación que formen una o varias ramas completas y autónomas de actividad. Sin plan de continuación de la empresa los bienes comprendidos en el plan de cesión serán vendidos según las modalidades previstas en el Tit. II (liquidación judicial). También en la cesión de empresas se utiliza el procedimiento de la solicitud de ofertas. El art. 83 describe las

directivos de derecho o de hecho de la empresa en liquidación, ni parientes o allegados del deudor o de los directivos hasta el segundo grado.

El diseño de la oferta de adquisición –de la empresa o parte de la unidad de producción o rama de actividad- fija el plazo de presentación y su contenido, que es coincidente con el de realización de la cesión (art. 83); previsiones de actividad y financiación; precio de cesión y modalidades de pago; fecha en la que se realizará la cesión; justificación del nivel y perspectivas de empleo y garantías suscritas, con el fin de afianzar el cumplimiento de la oferta. Presentadas por escrito las ofertas, serán depositadas en la secretaría del Tribunal y comunicadas al Juez Comisario. Éste debe consultar al Comité de empresa, al deudor y a los controladores (Representantes de los acreedores). El Juez Comisario, elige la oferta⁵⁰ de mayor seriedad y que permita, en las mejores condiciones, la conservación duradera del empleo y el pago a los acreedores.

Analizando brevemente el articulado de la transmisión de empresas en el procedimiento de liquidación judicial, en conexión con el desarrollo de la cesión de empresas, integrada en el plan de saneamiento, conviene hacer notar el papel preponderante del Tribunal y del Juez Comisario: en la elaboración del pliego de condiciones al que se ajustarán las ofertas; en la transmisión, en todo o en parte, de la empresa; en la decisión sobre la elección de la oferta más adecuada; en los despidos, en su caso, de trabajadores, con referencia al Código de Trabajo...El liquidador, con facultades de administración y disposición sobre los bienes del concursado, está muy supeditado, en los aspectos más importantes de su labor, a la decisión judicial.

indicaciones sobre las ofertas recibidas y el Tribunal elige la oferta que permita asegurar, en las mejores condiciones, la conservación duradera del empleo, conectado a la unidad cedida, y el pago a los acreedores (art. 85). Si se utiliza el pago aplazado por la cesión, el cesionario no puede enajenar ni arrendar la empresa, salvo que, a tenor de las garantías aportadas, el Tribunal lo autorice, mediante informe del Comisario y consultado el Comité de empresa. Los actos contrarios a lo expuesto se anularán, en un plazo de 3 años, a solicitud de cualquier interesado (art. 89). En caso de falta de pago del precio de la cesión, de oficio o a instancia del Comisario, el Tribunal podrá nombrar un administrador. Hacemos notar que no parece existir ninguna sanción contra el cesionario incumplidor, salvo el cobro a través de las garantías aportadas.

⁵⁰ La Ley de 1994 ha modificado el órgano que elige la mejor oferta; ahora es el Juez Comisario, en lugar del liquidador, para dar mayor consistencia y objetividad a la elección y, quizá, para cortar algunas corruptelas que pudieran haberse introducido en el proceso de elección.

La legislación francesa acoge, sin excesivas reservas, la prohibición para presentar ofertas de compra, incluyendo en la misma al deudor, directivos, parientes o allegados hasta el segundo grado. Además, es muy rígida en el planteamiento de venta de la empresa, en la fase de liquidación: el procedimiento se circunscribe tan solo a la recepción de ofertas, siendo el juez, y no el liquidador –como ya hemos señalado– quien elige la oferta más seria, conservativa del empleo y que procure el pago a los acreedores, admitiendo flexibilidad en las modalidades de pago del precio de la transmisión. En caso de aplazamiento, el ofertante deberá expresar las garantías que suscribe para afianzar el cumplimiento de la oferta.

Ley de Salvamento de las Empresas de 2005

La Ley de 1985 fracasó en su intento de sanear las empresas en dificultades al no conseguirlo en la mayoría de los casos⁵¹. El nuevo Derecho Concursal francés, regulado en la Ley nº 2005-845 de salvamento de las empresas, de 26 de julio 2005 y en su Decreto de aplicación nº 2005-1677 de 28 de diciembre 2005⁵², continuando la concepción garantista

⁵¹ El fracaso de la Ley de 1985 fue debido, entre otras razones, a “la fragilidad de los planes de reorganización, las incertidumbres en cuanto a los poderes de los administradores concursales, la aleatoriedad de los recursos, el peso de los privilegios, la multiplicación de las garantías, las incertidumbres acerca de la suerte de los créditos posteriores a la apertura del procedimiento o la clasificación de los créditos”. VALLENS, J.-L., “La reforma del Derecho francés de las empresas en dificultades”, en RcP, nº 4/2006, p. 399.

⁵² La normativa está incorporada en el Código de Comercio, mediante los artículos L 610.1 a L670-8 y R 600-1 y ss. En 2008 se reforma parcialmente la “Ley de salvamento”, mediante *L’Ordonnance* nº 2008-1345 de 18 diciembre y el Decreto para su aplicación nº 2009-160 de 12 febrero 2009.

Para el análisis doctrinal sobre la nueva Ley y su reforma vid. PEROCHON, F.,-BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 7ª ed., LGDJ, París 2006. PÉROCHON, F., “La liquidation judiciaire simplifiée”, en *Revue des procédures collectives (RPC)*, nº 2 junio 2006, pp. 191-199. GUERNELLI, M., “La reforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia”, en *Il Diritto Fallimentare*, vol. LXXXIII, nº 2, 2008, pp. 256-297. ROUSELL, Ph., “Les aides publiques aux entreprises en difficulté: les lignes directrices communautaires, le CIRI et les CODEFI”, en *Revue des Procédures collectives (RPC)*, nº 2 junio 2006, p. 129. LIZÉ, A., “Les solutions vues par un mandataire judiciaire. Plan du cession, liquidation judiciaire générale, liquidation judiciaire simplifiée, issus de la Loi du 26 juillet 2005 et du Décret 28 décembre 2005”, en *RPC*, nº 2 junio 2006, pp. 200-203. CORRE, B., et FAGE, J., “Loi nº 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Tableaux et schémas”, en *RPC*, nº 1 marzo 2006, pp. 91 ss. CERATI-GAUTHIER, A., “L’associé dans le Loi de sauvegarde des entreprises”, en *Revue des Sociétés*, nº 2 abril-junio 2006, pp. 305-317. TRICOT, D.-VALLIOT, R., y otros (Table Ronde) “L’application de la Loi de sauvegarde des entreprises”, en *Cahiers de Droit de l’Entreprise*, nº 1 enero-febrero 2006, pp. 11-20. VALLENS, J.-L., “La reforma del Derecho Francés,...”, art. cit., en RcP nº 4/2006, pp. 399-413. TEIXIER, A. S., “Réforme du droit des entreprises en difficulté: présentation du décret d’application; le élaboration et l’arrête des plans”, en *Droit des Affaires*, nº 1, enero 2006, pp. 211-225.

de la empresa y de los puestos de trabajo, dispone una batería de medidas antes de llegar a la liquidación judicial: una vía contractual –conciliación–, que mejora el antiguo arreglo amistoso y una vía judicial –el procedimiento de salvamento (*sauvegarde*)–, antes del saneamiento judicial (*redressement judiciaire*) derivado de la insolvencia, que aboca en la liquidación judicial, cuando el saneamiento de la empresa sea imposible⁵³.

El sistema de alertas, como medida preventiva, brinda a las personas físicas o jurídicas inscritas en una agrupación de prevención, un análisis económico-financiero, mediante el cual puedan detectarse las dificultades susceptibles de comprometer la continuidad de la explotación de una sociedad mercantil o agrupación de interés económico (art. L 611-2) o empresa individual. El Presidente del Tribunal de Comercio o de *Grande Instance* pueden nombrar –por iniciativa del deudor– un mandatario ad hoc, con la misión de lograr, a través de un procedimiento de conciliación, por el que deudor –en dificultades, aunque siempre que no se encuentre en estado de insolvencia por periodo superior a 45 días (art. L 611-4)– y acreedores principales lleguen a un acuerdo amistoso que salve la empresa y la continuidad de la actividad económica (art. L 611-7), el cual, una vez adoptado, se hará constar por el Presidente del Tribunal. El acuerdo no está sujeto a publicación y no es susceptible de recurso, aunque puede homologarse si el deudor no se

SAINT-ALARY-HOUIN, C., “La Loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures, pour de nouvelles stratégies”, en RPC, nº 1 marzo 2007, pp. 13-17. THÉRON, J., “Liquidation judiciaire et ventes de fonds de commerce”, RPC, nº 2 abril-junio 2008, pp. 132-136. COQUELET, M.-L., “Le plan de cession: Faut-il déjà réformer?”, en RPC, nº 2, 2008, pp. 128-131. ARSEGUEL, A., - MÉTEYÉ, Th., “Les aspects sociaux de la procédure de sauvegarde”, RPC, nº 2, 2008, pp. 116-123. PEROCHON, F., “El nuevo Derecho Francés de Empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (*sauvegarde*) de las empresas” en RcP 8/2008, pp. 79-97. SOINNE, B., “Prolégomènes sur l’ordonnance nº 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté”, en RPC nº 1, 2009, pp. 1-4. TAQUET, Fr., “Aperçu rapide des modifications en matière sociale résultant de l’ordonnance nº 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réformes du droit des entreprises en difficulté”, RPC, nº 1, 2009, pp. 96-99. STAES, O., “Aspects de procédure et voies de recours”, en RPC, nº 1, 2009, pp. 44-51. ROUSELL GALLE, Ph., “Les “nouveaux” régimes des contracts en cours et du bail”, en RPC nº 1, 2009, pp. 55-64. VALLANSAN, J., “Reforme de la Loi de sauvegarde: précisions apportées par le décret d’application”, RPC, nº 2, 2009, pp. 12-16. SALGADO, M.-B., “De nouvelles dispositions applicables aux entreprises en difficulté issues de l’ordonnance du 18 décembre 2008”, en Droit des Affaires, nº 35, febrero 2009, pp. 25-30.

⁵³ El legislador francés ha optado por la diversificación de procedimientos –al contrario que la LC española y la InsO alemana que optan por el concurso como único procedimiento– proponiendo soluciones a la diversidad de situaciones de dificultades empresariales, siendo el procedimiento de salvamento su principal innovación, para conseguir enderezar la situación de la empresa antes de producirse su insolvencia.

encuentra en estado de insolvencia o bien cuando pone fin a la insolvencia⁵⁴ y siempre que garantice la continuidad de la actividad de la empresa.

Cuando existan dificultades incapaces de ser superadas por el deudor y susceptibles de conducirlo a un estado de insolvencia, la *Loi de sauvegarde* establece un procedimiento de salvamento (salvaguarda) “destinado a facilitar la reorganización de la empresa con objeto de permitir la continuidad de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y la liquidación del pasivo” (art. L 620-1). El procedimiento de salvamento, incoado a instancias del deudor, está incardinado ya en un tratamiento judicial de tipo concursal⁵⁵. Cuando existe una posibilidad seria de salvar la empresa el Tribunal decide la apertura del procedimiento, en cuya resolución nombra un Juez Comisario, encargado de velar por la rapidez en su desarrollo, así como en la protección de los intereses enfrentados (art. L 621-9); nombra peritos (uno de ellos encargado de realizar el inventario y la tasación del patrimonio del deudor), así como mandatario judicial, -quien estará habilitado de forma exclusiva para actuar en nombre y defensa de los intereses colectivos de los acreedores (art. L 622-20)- así como interventores de entre los acreedores que lo soliciten, los cuales asisten al mandatario judicial en sus funciones y al Juez Comisario en su misión de supervisión y administración de la empresa. El deudor presentará un proyecto de plan, abriéndose un periodo de observación –con duración máxima de seis meses- en el cual existe la posibilidad de constituir dos comités de acreedores (integrados por entidades de crédito y acreedores principales), quienes se pronunciarán por mayoría, decidiendo sobre el proyecto de plan presentado por el deudor. Si el pronunciamiento fuera favorable, y oídos a los distintos órganos principales del procedimiento, así como a los representantes del comité de empresa el plan será finalmente aprobado por el Tribunal (art.L 629-9). De todas formas, este procedimiento implica no incurrir en estado de insolvencia durante la ejecución del plan, ya que si constase el mismo- el Tribunal pondrá fin al plan y dictará la

⁵⁴ La insolvencia sigue conceptuándose como la imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con el activo disponible, que puede dar lugar al saneamiento judicial –cuando éste fuera posible- o al procedimiento de liquidación judicial si fuera “manifiestamente imposible”.

⁵⁵ Vid PEROCHON, F., “El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (*sauvegarde*) de las empresas”, en RcP, nº 8/2008, pp. 82 ss.

resolución judicial. De igual manera se pondrá fin al plan si el deudor no cumpliera sus compromisos dentro de los plazos fijados (art. L 626-27).

El procedimiento de saneamiento judicial (*redressement judiciaire*) (arts. L 631-1 a L 631-22) se abre a todo deudor –comerciante, agricultor, profesional y persona jurídica– que “ante la imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con el activo del que dispone, se encontrare en estado de insolvencia” (art. L 631-1). Su finalidad es permitir la continuidad de la actividad de la empresa, el mantenimiento del empleo y la liquidación del pasivo, mediante un plan aprobado por resolución judicial, tras un periodo de observación y, en su caso, constitución de dos comités de acreedores, como se regulaba en el procedimiento de salvamento.

Aunque la finalidad de este procedimiento es similar al de *sauvegarde*, su apertura supone ya la imposibilidad de cumplir las obligaciones exigibles (insolvencia), cuando, en cambio, en el de salvamento era la insolvencia inminente, la previsión de llegar a un estado de insolvencia a causa de dificultades insuperables para el deudor. Por otra parte, y a diferencia del procedimiento de salvamento, el cual era solicitado por voluntad del deudor, en éste el deudor está obligado a solicitar la apertura del procedimiento de saneamiento judicial, dentro del plazo de 45 días desde la declaración de insolvencia, si no hubiera solicitado en ese plazo la apertura de un procedimiento de conciliación. Igualmente cualquier acreedor está habilitado para incoar el procedimiento, así como el Tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, siendo los órganos, su nombramiento y funciones, similares a los del procedimiento de salvaguarda, así como lo dispuesto en él para el periodo de observación, en lo directamente aplicable. Cabe señalar que, desde la apertura del procedimiento, se admiten ofertas –excepto del deudor, dirigentes o familiares, en el caso de personas jurídicas– para la cesión total o parcial de la empresa, siempre que persigan el mantenimiento de la actividad de la empresa (art. L 631-13), cesión que podrá ordenarse por el Tribunal previo examen del informe del administrador, si el deudor se encontrase ante la imposibilidad de subsanar la situación (art. L 631-22).

Por otra parte, el Tribunal podrá ordenar, en cualquier momento del periodo de observación, bien de oficio bien a instancia del administrador, mandatario judicial, un interventor o del Ministerio Fiscal, el cese temporal de la actividad o dictar la liquidación judicial, si el saneamiento de la empresa fuera imposible (art. L 631-15, II).

El plan de *redressement judiciaire* determina, entre otros aspectos, las posibilidades de saneamiento, las garantías del empresario que debe suscribir para asegurar la ejecución del plan, las medidas de saneamiento laboral, así como los plazos y condonaciones aceptadas por los acreedores sobre el pago de sus créditos⁵⁶. El Tribunal se limita a levantar acta de lo acordado, si bien la ley le atribuye la posibilidad de reducir plazos y minorar las quitas convenidas, así como subordinar la adopción del plan, a instancia del Ministerio Fiscal, a la sustitución de uno o varios dirigentes de la empresa.

El procedimiento de “liquidación judicial” se abre cuando el deudor se encuentra en estado de insolvencia (no inminente sino actual) y siempre que el saneamiento de la empresa sea imposible (art. L 640-1). El deudor debe instar el procedimiento⁵⁷ en el plazo de 45 días siguientes a la declaración de insolvencia, siempre que no hubiera solicitado un procedimiento de conciliación. El fracaso de la conciliación obliga al Tribunal –si se cumplen las condiciones anteriormente expuestas- a abrir el procedimiento de liquidación judicial (art. L 640-4). Además, la liquidación judicial puede dictarse durante el periodo de observación de un procedimiento de salvaguarda o de saneamiento judicial (art. L 641-1-III), si se cumplen las condiciones de insolvencia actual e imposibilidad de saneamiento de la empresa (arts. L 622-10-párrafo 2º y L 631-15-II).

⁵⁶ Para aquellos acreedores que no hubieran aceptado esos plazos y quitas, el Tribunal impone plazos de pago uniformes. El primer pago deberá efectuarse en el plazo de un año desde el levantamiento del Acta por el Tribunal. El segundo y ulteriores no podrán ser inferiores al 5% del pasivo admitido (art. L 626-18).

⁵⁷ Los acreedores (aunque si el deudor fuera persona jurídica y hubiera cesado en su actividad, deberán dejar transcurrir un año desde su baja registral) y el Ministerio Fiscal pueden también solicitar la apertura del procedimiento de liquidación judicial (art. L 640-5). El Comité de empresa o, en su defecto, los delegados de personal no solicitan la liquidación, pero pueden comunicar al Presidente del Tribunal o al Ministerio Fiscal, cualquier hecho que revele el estado de insolvencia del deudor (art. L 640-6).

La posibilidad de su apertura, cuando se den las circunstancias descritas en el art. L 640-1, está siempre abierta, salvo en el curso de un proceso de conciliación, por el deseo del legislador de dejar a las partes –deudor y acreedores- la posibilidad de un arreglo amistoso, aun en estado inicial de insolvencia-, si bien su fracaso, siempre que se constaten las circunstancias del art. L 640-1, conduce a la apertura de la liquidación judicial.

El objetivo de este procedimiento (art. L 640-1-II) se dirige a poner fin a la actividad de la empresa o a ejecutar el patrimonio del deudor, mediante una cesión global o por separado de sus derechos y bienes. Es preciso entender que el término de la actividad no se refiere a la desaparición de la empresa –cuando el deudor sea un empresario- sino que “únicamente acaba su explotación por el deudor”⁵⁸, ya que mediante la cesión de la empresa se pretende “el mantenimiento de actividades susceptibles de explotación autónoma” (art. L642-1-I), a través de un tercero, cesionario en todo o en parte de la empresa en el marco de un plan de cesión.

En la resolución de apertura del procedimiento de liquidación judicial el Tribunal designa Juez-Comisario, un mandatario judicial como liquidador, peritos, de uno a cinco interventores entre los acreedores (uno al menos –si son varios- en representación de los acreedores con garantías y otro por los no privilegiados), quienes asisten en sus funciones al mandatario judicial -único habilitado para actuar en nombre y defensa de los intereses colectivos de los acreedores (art. L 622-20)- y al Juez Comisario. Extraña la no inclusión del representante de los trabajadores como miembro del grupo de interventores, si bien puede ser designado si, a la vez, representa al colectivo de acreedores laborales.

El liquidador elabora, en plazo de 30 días posteriores a su nombramiento, un informe sobre la situación del deudor, a no ser que la apertura de la liquidación se dictara durante el periodo de observación, al haber sido ya redactado el mismo; los acreedores declararán sus créditos al liquidador, según lo dispuesto en el procedimiento de salvaguarda, el cual

⁵⁸ Vid. PEROCHON, F., “El nuevo Derecho francés...”, art. cit., p. 92.

efectuará su comprobación, al mismo tiempo que procede a las operaciones de liquidación (art. 641-4).

La actividad del deudor se paraliza a partir de la apertura del procedimiento liquidativo, a no ser que exista la posibilidad de una cesión de la empresa o bien por interés público o de los acreedores (art. L 641-10). La sociedad deudora queda disuelta por la apertura del procedimiento (art. 1.844-7-7º C.Civil), si bien perdura su personalidad jurídica solamente para atender las necesidades de la liquidación. El cese de los administradores, consecuencia de la apertura de este procedimiento en la normativa anterior, se sustituye por el mantenimiento en sus cargos, salvo disposición contraria de los Estatutos o decisión de la Junta General⁵⁹, ejerciendo los actos de disposición y administración de sus bienes, así como de los derechos y acciones que no están incluidos en la misión del liquidador o del administrador, cuando este haya sido nombrado (art. L 641-9).

Para la realización del activo, con cuyo producto serán resarcidos los créditos de los acreedores hasta donde alcanzare (incluyendo las cantidades que el Tribunal pudiera decidir como sanción a los dirigentes responsables de la insuficiencia del activo) se habilita una doble vía: en primer lugar la cesión de la empresa⁶⁰, cristalizada en uno o varios planes de cesión, aprobados por el Tribunal, incluyendo la posibilidad de concertar un contrato de arrendamiento de negocio, con la obligación, en este caso, de adquirir la empresa. La segunda vía se refiere a la cesión de los activos –inmuebles, muebles y derechos- utilizando, en el primer caso las formas prescritas en materia de embargo de inmuebles, incluso mediante venta por adjudicación voluntaria; y cuando se refiera a los

⁵⁹ El art. 145.3 LC dispone, sin embargo, el cese de los administradores o liquidadores de la persona jurídica, si bien, por la doctrina e incluso en algunas resoluciones judiciales se viene interpretando que tal cese se circunscribe a los actos de disposición y administración del patrimonio concursal, en base a la última frase del apartado: “para proceder de conformidad con lo establecido en esta Ley”. Consideramos que la técnica empleada por la norma francesa clarifica la posición de estos administradores en cuanto a las posibilidades de usar sus facultades y sobre sus fronteras legales, que no son otras que los poderes del liquidador judicial, en todo lo que se refiera a la administración y disposición del patrimonio a liquidar en el procedimiento.

⁶⁰ A la cesión judicial de la empresa es posible acceder también a través del procedimiento de saneamiento judicial (art. L 631-22), la cual podrá ordenarse por el Tribunal cuando al deudor le fuera imposible subsanar la situación.

demás bienes y derechos, ordenando el Juez Comisario su venta en subasta pública o de común acuerdo, mediante venta amistosa.

Por lo que respecta a la cesión de la empresa⁶¹, el liquidador o el administrador judicial –con funciones similares a las del liquidador y nombrado por el Tribunal para empresas con un número de empleados o cifra de negocio que superen determinados umbrales⁶²- preparan el plan de cesión y llevan a efecto los actos necesarios para su realización (art. L 641-10). El plan de cesión no se aprueba a priori, como sucede en nuestra Ley Concursal, sino que se resuelve una vez presentadas las ofertas de compra, por el total de la empresa o por ramas de actividad, en el plazo fijado por el Tribunal, las cuales deberán incluir la información prescrita en el art. L 642-2-II, siendo remitidas al liquidador o, en su caso, al administrador. Las ofertas no pueden ser modificadas –salvo que sea en un sentido más favorable al mantenimiento de las actividades, de los empleos o el pago del pasivo- ni tampoco retiradas, quedando su autor vinculado a las mismas hasta la resolución sobre aprobación del plan (art.L 642-2-V). Ni el deudor, ni los dirigentes de hecho o de derecho de la persona jurídica en liquidación judicial o sus parientes próximos, como tampoco los interventores podrán presentar ofertas de compra, ni adquirir bienes resultantes de la liquidación en los cinco años siguientes a la cesión. La infracción conlleva la anulación del acto, a petición de cualquier interesado o del Ministerio Fiscal, dentro de los tres años desde su conclusión (art L 642-3).

Entre la información a incluir en las ofertas (art. L 642-2- II) resalta la posibilidad de pago aplazado, la calidad de los cesionarios y, en su caso, de los aportantes de garantías, suscritas para asegurar el buen fin de la ejecución de la oferta⁶³, así como su proyecto

⁶¹ La Ley de 1985 regulaba la cesión de empresa como parte del procedimiento del saneamiento judicial, diferenciándola de la transmisión de la empresa mediante su cesión en globo, en la liquidación judicial. En la nueva normativa ambas se han unificado en la cesión judicial de la empresa.

⁶² Actualmente es obligatoria la presencia del Administrador Judicial en la liquidación de personas jurídicas de derecho privado con mantenimiento de actividad, cuando la cifra de negocio es superior a tres millones de euros y el número de trabajadores excede de 20.(D 2005-1677 art. 232). Vid. CORRE, B., et FAGE, J., “Loi n° 2005-845 du 26 juillet.....”, art. cit., en RPC, pp. 91 ss.

⁶³ La normativa anterior regulaba las garantías cuando hubiera un posible aplazamiento en el pago. Ahora se añaden, también garantías para ejecutar la oferta, aunque el pago del precio ofertado fuera al contado. El legislador desea asegurar el buen fin de todos los compromisos suscritos por el ofertante seleccionado.

económico, la relación precisa de los bienes, derechos y contratos incluidos en la oferta y las previsiones de cesión de activos durante los dos años posteriores a la cesión de la empresa. El liquidador, o bien el administrador, debe informar al deudor, a los representantes de los trabajadores, así como a los interventores sobre el contenido de las ofertas, depositándolas además en la secretaría del Tribunal para información de cualquier interesado. El Tribunal, con la información del liquidador o administrador sobre la verificación de la seriedad de las ofertas y la condición de terceros de sus autores, recabado el dictamen del Ministerio Fiscal y oídos o citados deudor, liquidador o administrador, representantes de los trabajadores e interventores, selecciona la oferta que garantice las mejores condiciones para el mantenimiento del empleo vinculado a la actividad cedida⁶⁴ y para el pago de los acreedores, a la vez que presente las mejores garantías de ejecución (art. L 642-5) y aprueba uno o varios planes de cesión, sin necesitar del consentimiento del deudor o de los acreedores. Si se previeran despidos por motivos económicos el Tribunal no podrá resolver hasta que no haya consultado a los representantes de los trabajadores e informado a la autoridad administrativa competente. Si el plan de cesión precisare los despidos que deban producirse en el plazo de un mes desde la resolución del Tribunal, se producirán en ese plazo, “por simple notificación del liquidador o administrador, sin perjuicio de los derechos de preaviso previstos por la Ley, los convenios o los acuerdos laborales colectivos” (art. L 642-5-párrafo 4º).⁶⁵ Por otra parte, y con feliz criterio en ayuda de una mejor oferta de cesión, el costo de las indemnizaciones no se repercute en el cesionario, sino que corre por cuenta y cargo del deudor⁶⁶.

⁶⁴ Si no fuera posible mantener la actividad de la empresa –total o parcialmente, mediante aquellas ramas susceptibles de explotación autónoma- no cabría iniciar un plan de cesión de la empresa, ya que se estaría conculcando la primera de las finalidades que la norma impone para llevar a cabo la cesión (art. L 642-1).

⁶⁵ Consideramos muy positiva esta disposición, en materia de extinción de contratos laborales, por la rapidez en llevar a cabo los despidos, en contraposición con la prolija tramitación regulada en el art. 64 de nuestra LC y sobre todo con el mandato del art. 148.4 LC, por el que debe darse cumplimiento a lo establecido en el mencionado art. 64, antes de que el Juez apruebe el plan de liquidación, en el que normalmente se recogerá – como aspecto principal- la enajenación de la empresa.

⁶⁶ Vid. PEROCHON F., “El nuevo Derecho francés....”, art. cit., RcP, 8/2008, p. 96. Es digna de resaltar también esta actitud del legislador francés, que favorece la cesión de la empresa en comparación con la posible no subrogación al cesionario tan solo de las cargas salariales asumidas por el FOGASA, dispuesta el art. 149.2 LC.

La resolución de aprobación del plan lleva aparejada la transmisión judicial de los contratos de leasing, arrendamientos o suministros de bienes o servicios necesarios para el mantenimiento de la actividad. El Tribunal adopta la resolución tras considerar las observaciones de los cocontratantes del deudor, pero en modo alguno necesita el consentimiento de los mismos (art. L 642-7).⁶⁷

El cesionario paga el precio de la cesión fijado por el Tribunal en función de la cuantía ofertada⁶⁸. La cesión de la empresa supone un riesgo de expoliación para los acreedores y en particular para los titulares de las garantías reales⁶⁹. El cesionario no se hace cargo, normalmente, del pasivo del deudor, el cual sólo se atiende con la distribución del precio de la cesión de la empresa, más lo obtenido de los bienes y derechos no incluidos en la cesión, y con el producto de las posibles sanciones derivadas de las acciones de responsabilidad impuestas por el Tribunal, ante la insuficiencia de activo generada por una falta de gestión imputable a todos o a alguno de los dirigentes de la empresa (sanciones que pueden alcanzar a la totalidad o parte de los créditos no cubiertos por la liquidación del activo) (art. L 651.2). Generalmente será el precio obtenido del cesionario la parte esencial con la que se resarcirán los acreedores. Pero el precio de la cesión, según la experiencia adquirida bajo la normativa anterior, es con frecuencia muy bajo, aunque, sin embargo, es admitido por el Tribunal en base al mantenimiento de la actividad empresarial y al del empleo –a veces hipotético–, posponiendo así, al terreno de lo marginal, la recuperación de sus créditos por los acreedores.

⁶⁷ Se ha recogido, con indudable acierto, el criterio de la legislación anterior en materia de cesión que, sin embargo, se silenciaba a la hora de regular la cesión en globo incluida en la liquidación judicial.

⁶⁸ La Ley francesa no prevé ningún límite, ni tampoco hace referencia alguna al valor real de los activos cedidos, como lo hace el Derecho español (art. 155. 4 LC) o el Derecho alemán (§ 163 InsO), el cual permite exigir el acuerdo de la Junta de acreedores en caso de que el precio de cesión fuera inferior al valor venal. Vid PEROCHON, F., *El nuevo Derecho francés...*, art. cit., p. 96.

⁶⁹ “El Tribunal destina una parte alícuota del precio de la cesión a cada bien gravado con una garantía especial, en orden al ejercicio de los derechos de preferencia. Sobre esta parte alícuota se aplica la prelación legal que sitúa a ciertos créditos salariales, costas judiciales, el privilegio de conciliación y a veces incluso los créditos posteriores “útiles” por delante de los titulares de garantías especiales, cuyas posibilidades de pago quedan así muy reducidas, como consecuencia de una preferencia mediocre y de una base con frecuencia débil. (Art. L 641-13-II y art. L 622-17 al que reenvía el art. L 631-14-I)”. De todos modos, -y en línea con lo establecido en el art. 155.3 de nuestra LC- si el crédito cubierto por la garantía real que grava el inmueble cedido, ha servido para financiar su adquisición, la carga de reembolso del crédito es transferida automáticamente al cesionario, lo que asegura normalmente el pago del acreedor de los vencimientos futuros. Vid. PEROCHON, F., “El nuevo Derecho francés...”, art. cit., p. 96.

Finalmente, hay que reseñar que si el cesionario no cumple sus compromisos el Tribunal puede rescindir el plan y condenarle a daños y perjuicios, e incluso resolver los actos realizados en ejecución del plan, sin devolución al cesionario del precio de la cesión (art. L 642-11).

De todos modos, y según PEROCHON, mediante la Ley de salvaguarda “los acreedores son en general un poco menos maltratados que antes de 2005 y vuelven a encontrar gracias a los comités de acreedores una pequeña parte de su antiguo poder de decisión”,⁷⁰.

ITALIA

En Italia, en plena guerra mundial, se promulga el Real Decreto sobre la quiebra, el convenio preventivo, la administración controlada y la liquidación forzosa administrativa (16 de marzo de 1942).⁷¹ La quiebra es el procedimiento de carácter liquidativo (arts. 5-159 de la norma). A la vez, y con independencia, se desarrollan procedimientos de carácter conservativo: convenio preventivo judicial (arts. 160-186); *amministrazione controllata*, (arts. 187-193) –de aplicación general, de carácter no reorganizativo-⁷². Se contempla además, como procedimiento especial de carácter administrativo la *liquidazione coatta amministrativa* (arts. 194-215), que se sustancia generalmente con exclusión de la quiebra. Los procedimientos son aplicables al deudor, con independencia de su condición de empresario. El presupuesto objetivo de la quiebra será la insolvencia.

Por un Decreto de 30 de enero de 1979, convertido en Ley el 3 de abril del mismo año, se aprueba el procedimiento de *amministrazione straordinaria* para las grandes empresas en crisis, de aplicación especial y de carácter reorganizativo. Se trata de sustituir

⁷⁰ Vid. PEROCHON, F., “El nuevo Derecho francés...”, art. cit., pp. 96-97.

⁷¹ Esta normativa derogó el régimen sobre la quiebra, regulado en el Código de Comercio de 1882 y el del convenio preventivo regulado por ley en 1903.

⁷² El Título IV de la *legge fallimentare* (arts. 187-193) sobre *amministrazione controllata* (así como todas las referencias a la misma, contenidas en la mencionada Ley), ha sido derogado por el Decreto legislativo n° 5 de 9 de enero de 2006 “*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*”.

al deudor- empresario por uno o varios Comisarios extraordinarios, quienes, después de haber administrado la empresa, en crisis ya definitiva, elaboran un plan de reflotamiento que permita conservar las partes sanas de la empresa y ceder a terceros o liquidar las partes con imposibilidad de saneamiento, así como satisfacer las deudas de los acreedores. El carácter público del procedimiento prima sobre los intereses privados, haciendo cuestionable la naturaleza concursal o paraconcursal del instituto. Su doble finalidad – sanatoria y liquidativa- lleva a un tratamiento final de conservación o liquidación, en función de la solución que se adopte⁷³. El presupuesto objetivo de su apertura es la *megainsolvenza*, que consiste en un desbalance especialmente cualificado y que conlleva una situación muy probablemente irreversible. Por ello, se ha indicado que, sustancialmente, desde el punto de vista de su tramitación, no es sino una liquidación forzosa para grandes empresas en crisis⁷⁴.

Como rasgos característicos de la *legge fallimentare* podemos apuntar su orientación publicista; la casi nula influencia de los acreedores en la tramitación de los procedimientos concursales y la concentración de poderes en el Tribunal y el Juez Delegado. Por lo que respecta a la liquidación de activos se dispone (art. 106, párrafo segundo) que “en caso de necesidad o utilidad evidente, el Juez Delegado, oídos el síndico y el Comité de acreedores, puede autorizar la venta en bloque de los activos mobiliarios en todo o en parte... y ordenar –caso de inmuebles- la venta sin subasta pública, cuando lo crea más ventajoso (art. 108). El legislador italiano no se atreve todavía a ordenar la venta de la empresa como un todo unitario; sigue distinguiendo entre el activo mobiliario e inmobiliario; el *good will* todavía es algo no contemplado. Sin embargo, la Ley sobre administración extraordinaria de grandes empresas en crisis, ya regula las modalidades de transmisión de complejos industriales –empresas, instalaciones o complejos industriales o de inmuebles o muebles en bloque- autorizando la venta sin subasta y las ventas mediante oferta privada, previa autorización de la autoridad de vigilancia y oído el parecer del Comité de Vigilancia (art. 6 bis, párrafo primero). Es importante señalar la valoración por

⁷³ PULGAR, J., “El Presupuesto Objetivo...”, cit., p.473.

⁷⁴ GALÁN LÓPEZ, C., “Introducción al Real Decreto sobre la quiebra de 1948”, *Textos de Derecho concursal europeo*, Consejo General de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cuadernos de Derecho y Comercio, Monográfico, 1993, p. 169.

expertos, nombrados por el Comisario Liquidador, cuando se trate de empresas o complejos empresariales, mediante un criterio de valoración que tenga en cuenta, entre otras cosas, la rentabilidad en el momento de la tasación y en el bienio posterior (párrafo segundo, art. bis)⁷⁵.

Reforma Orgánica de la Disciplina de los procedimientos concursales de 2006. Decreto Correttivo de 2007

En Italia se ha promulgado el Decreto Legislativo nº 5 de 9 enero 2006 de “Reforma orgánica de la disciplina de⁷⁶ los procedimientos concursales”, corregido por Decreto legislativo nº 169 de 12 septiembre 2007, dirigido a empresarios con actividad comercial, excluidos los entes públicos, en los que se recoge la tendencia europea de considerar los procedimientos concursales no con una finalidad de liquidación-sanción, sino sobre todo de conservación de los medios organizativos de la empresa, recuperando su capacidad productiva. Y ello, no con un fin exclusivo de protección de la empresa, sino también en función de intereses económicos y sociales más amplios, que fundamentan el recurso a la vía de saneamiento y de la superación de la crisis empresarial. La conservación de la empresa y la tutela de los acreedores son los fines primordiales de la Reforma⁷⁷.

⁷⁵ GALÁN LÓPEZ, C., Y COLINO, J.L., *Textos de Derecho Concursal Europeo*, Monografía citada, p. 215.

⁷⁶ Previamente se promulgó el Decreto Ley de 14 marzo 2005, por el que se modificó la *Legge Fallimentare* en lo concerniente al régimen jurídico del convenio preventivo (arts. 160-161-163-177-180 y 181), llamada “minireforma de la *legge fallimentare*”.

⁷⁷ Sobre los criterios de la reforma, en particular por lo que se refiere a la liquidación del activo, vid. FERRO, M., *La Legge Fallimentare. Commentario teorico-pratico*. Cedam, Padova 2007. AMBROSINI, S., La liquidazione dell’attivo, *Il Fallimento*, vol. XI, T. II, Cedam, Padova 2009, pp. 611-652. ESPOSITO, C., Il programma di liquidazione nel decreto correttivo, *Il Fallimento*, 9/2007, pp. 10078-1087. FIMMANÓ, F., La liquidazione dell’attivo fallimentare nel correttivo alla riforma, *Il Diritto Fallimentare*, vol LXXXII, nº 6/2007, pp. 845-870. BONFATTI, S.-CENSONI, P.F., *Manuale di Diritto Fallimentare*, 2ª ed., Cedam 2007; *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della Legge Fallimentare* (Appendice), Cedam 2008. CAIAFA, A., *La Legge Fallimentare riformata e corretta*, Cedam, Padova 2008. FINARDI, D., La nuova disciplina delle liquidazione dell’attivo: in particolare sulle novità dell c.d. “correttivo 2007”, *Il Diritto Fallimentare*, vol. LXXXIII, nn. 3-4/2008, pp. 409-427. CHERUBINI, G.,-DI TERLIZZI, M., *La nuova Legge Fallimentare dal D. lgs. 5/2006 al Decreto correttivo 169/2007*, Ed. Giuffrè, Milano 2007. GUGLIELMUCCI, L., *Diritto Fallimentare. La nuova disciplina delle proc edure concorsuali giudiziali*, 2ª ed., Ed. G. Giappicheli, Torino 2007. SCHIANO DI PEPE, G., *Il Diritto Fallimentare riformato*, Cedam Padova 2007. ZANICHELLI, V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Utet, Torino 2008. TERRANOVA, G., FERRI, G Jr., GIANELLI, G., GUERRERA, F., PERRINO, M., SASSANI, B., *La nuova Legge Fallimentare annotata*, Jovene Editore, Napoli 2006. GROSSI, M.R., *La riforma della Legge Fallimentare*, Ed. Giuffrè, Milano 2006.

Llama la atención la posibilidad de declarar la quiebra del empresario, en el plazo de un año desde que hubiera cesado en el ejercicio de la empresa, mediante inscripción de la cancelación en el Registro, (art. 10) por insolvencia manifestada con anterioridad a la inscripción o dentro del año posterior. Se da carácter relevante a los representantes de los acreedores, modificando el criterio opuesto de la *legge fallimentare*. Baste citar la decisión del curador (similar a nuestra Administración concursal) (art. 72) sobre la continuación o no de las relaciones jurídicas pendientes, que está sujeta, no a la autorización del juez delegado sino del Comité de acreedores. Igualmente, en el art. 104, relativo al ejercicio provisional de la empresa en quiebra, se tendrá en cuenta que su continuidad no vaya en perjuicio de los acreedores (debe existir parecer vinculante del Comité de acreedores), así como la colocación en el mercado de la propia empresa, puesto que su acertada gestión va a redundar en su beneficio.

Con finalidad no exclusivamente liquidativa se contempla (art. 104 bis) la posibilidad –antes de presentar el programa de liquidación de la empresa- de arrendarla en todo o en parte, a propuesta del curador y con el parecer favorable del Comité de acreedores, siempre que sea útil para su mejor venta y cuya duración sea compatible con las exigencias de la liquidación de los bienes, incluso con el derecho del curador de rescindir unilateralmente el arrendamiento, mediante una justa indemnización. Se presenta como una gran novedad, dirigida a simplificar y racionalizar la fase de liquidación del activo, la disposición que impone al curador llevar a cabo un programa de liquidación pasados 60 días desde la redacción del inventario, sin que sea definitiva todavía la lista de acreedores, siempre que obtenga la aprobación del Comité de acreedores y la autorización para la ejecución de los actos que le sean conformes por el juez delegado (art. 104 ter)⁷⁸. De esta forma se acelera el procedimiento y la posibilidad de reparto del haber líquido resultante

⁷⁸ La primitiva redacción del Decreto Legislativo del 2006 (reforma de la *Legge Fallimentare*) , sobre la aprobación del programa de liquidación, recogía el “parecer favorable” del Comité de acreedores el cual debía finalmente ser “aprobado” por el Juez. En el art. 104 ter del Decreto Legislativo corrector del reformado, n° 169 de 12 septiembre 2007 (vid. ESPOSITO, C., “Il programma di liquidazione nel decreto correttivo”, en *Il Fallimento*, n° 9/2007, pp. 1078-1087) se modifica aquella redacción, dando mayor peso al Comité de acreedores que al Juez en la aprobación del programa liquidativo, ya que ahora es “el propio Comité quien lo aprueba”, relegando la función del juez –una vez que le ha sido comunicado el programa aprobado- a autorizar la ejecución de cada uno de los actos conformes con el Programa aprobado.

entre la masa pasiva. Llama la atención la exclusividad en la aprobación del programa de liquidación por el Comité de acreedores, dispuesto por el “Decreto *correttivo*”, cuando en la reforma era el juez delegado quien disponía su aprobación, después de haber dado su parecer el Comité de acreedores. Se deja al órgano judicial la autorización a posteriori de los actos conformes con el Programa que, si bien constituye un control de la legalidad del contenido del Programa, no deja de suponer una desjudicialización del mismo en favor del órgano defensor de los intereses de los acreedores.

El mencionado art. 104 ter recoge las distintas modalidades que pueden adoptarse en el programa de liquidación: disponer el ejercicio provisional de la empresa o de alguna de sus ramas de actividad; la oportunidad de autorizar el arrendamiento de la empresa o de alguna de sus ramas; la subsistencia de propuestas de convenio; la cesión unitaria del activo empresarial o de alguna de sus ramas de actividad, bienes o relaciones jurídicas individuales en bloque, así como las condiciones de venta. A destacar también la posibilidad del Comité de acreedores de proponer al curador modificaciones en el programa de liquidación y de proceder por éste a la liquidación anticipada de bienes –sin esperar a la aprobación del programa-, previa autorización del juez delegado, oído el Comité de acreedores, si del retraso pudiera derivarse perjuicio a los intereses de los acreedores. Aunque la venta del activo de la empresa o de ramas de actividad no sea el único objetivo, incluyéndose como una más de las posibilidades a especificar en el programa de liquidación, el art. 105 deja bien claro que la liquidación por separado de los bienes que constituyen el activo empresarial sólo se llevará a cabo si de la venta en bloque no se consigue una satisfacción mayor para los acreedores.

El parecer de los trabajadores a través de sus representantes sindicales, no se requiere para la aprobación del programa de liquidación, a excepción de la posible transmisión parcial de trabajadores –cuando se trate de transmisión de la empresa, existirán consultas sindicales- a las dependencias del adquirente, mediante pacto entre el curador, los representantes de los trabajadores y el comprador de la empresa. La liquidación puede también llevarse a cabo transmitiendo a una o varias sociedades, eventualmente de nueva constitución, la empresa, sus ramas de actividad o todos sus bienes o créditos, con sus

relaciones contractuales en vigor. Destacar igualmente que el pago del precio de la venta puede realizarse mediante la asunción de deudas por el adquirente, siempre que no se altere la graduación de los créditos. Las ventas a realizar por el curador, incluso sin necesidad de autorización por parte del juez delegado,⁷⁹ se llevan a cabo mediante procedimientos competitivos, incluso por medio de entidades especializadas, acudiendo a la tasación de expertos, asegurando la publicidad, máxima información y participación de los interesados en la compra. El curador puede suspender la venta, siempre que exista oferta irrevocable de compra que mejore en un 10% como mínimo el precio existente. El juez delegado puede igualmente suspenderla si el precio ofrecido resulta notablemente inferior al considerado justo, según consideraciones de mercado. El curador debe informar del procedimiento al juez delegado y al Comité de acreedores, depositando en la secretaría la documentación pertinente.

La propuesta de convenio, cuya subsistencia cabe incluirla en el programa de liquidación (art. 104 ter párrafo 2º b), puede presentarse por los acreedores o un tercero, incluso antes del decreto que fije la masa pasiva, siempre que el curador disponga de un estado provisional de los acreedores del quebrado. El deudor sólo puede proponerla pasados 6 meses de la declaración de la quiebra. El convenio que finalmente se apruebe – por mayoría de acreedores- paraliza el procedimiento de quiebra, cuya reapertura procederá si se resuelve el convenio por incumplimiento de las obligaciones que de él se deriven.

Llama la atención de esta “Reforma” el peso específico que se da a los acreedores, cuya intervención es preceptiva en la mayoría de las decisiones más importantes a adoptar

⁷⁹ El párrafo 1º del art. 107 del Decreto de reforma, nada indicaba sobre la necesidad de autorización por parte del juez delegado al curador para vender mediante procedimientos competitivos, incluso utilizando especialistas. El Decreto *correttivo* de 2007 al añadir en ese párrafo, a continuación de la frase “las ventas y otros actos de liquidación”, la precisión: **puestos en práctica en la ejecución del programa de liquidación**, nos induce a pensar que el legislador sólo pretende confirmar que las ventas y otros actos de liquidación en los que el curador puede utilizar procedimientos competitivos y sujetos especializados son aquellos que previamente han sido autorizados por el juez delegado, en aplicación del último párrafo del art 104 ter del Decreto *correttivo*: “El programa aprobado es comunicado al juez delegado, el cual autoriza los actos que le son conformes”, sin que el curador necesite ulterior autorización para utilizar los procedimientos competitivos e incluso los especialistas que estime conveniente.

dentro del procedimiento liquidativo y la paralela reducción de atribuciones del juez delegado, así como del peso de los representantes de los trabajadores, lo cual supone un alejamiento de los criterios adoptados en la mayor parte de los ordenamientos continentales. La conservación de la empresa en su liquidación concursal, mediante una apertura de sus posibilidades de venta, marca también la tendencia, ya advertida en las últimas leyes concursales promulgadas. El acortamiento de plazos en la venta de la masa activa, aún sin conocer definitivamente la composición final de la masa pasiva, incluso su venta inmediata si se advierte que su dilación puede causar perjuicio a los acreedores, que simplifica el proceso y favorece la conservación del valor del activo es otra característica a destacar de esta Reforma.

PORTUGAL

El Derecho concursal portugués, en este siglo, parte del Código de *Fâllencias* -1899-, para continuar en 1939 con el Código de Procedimiento Civil, donde queda comprendida la materia concursal, regulándose la quiebra, como instituto liquidativo y como institutos conservativos y preventivos los convenios preventivos judiciales y el acuerdo de acreedores. En 1993, por Decreto Ley de 23 de abril, se produce una reforma global de adaptación a las tendencias actuales, dentro del marco constitucional económico de Economía Social de Mercado. La reforma recoge, como procedimientos autónomos e independientes, la quiebra, como instituto liquidativo y la recuperación de empresas, como instituto conservativo, integrando en un solo procedimiento convenio, acuerdo de acreedores y gestión controlada, a los que se añade la “reestructuración financiera”.

La quiebra tiene, como presupuesto subjetivo de apertura, cualquier deudor, con independencia de su condición de empresario (al cual se le reserva en exclusiva el procedimiento de recuperación de empresas)⁸⁰ El presupuesto objetivo de la quiebra es la insolvencia, conceptuada –de modo similar al modelo alemán- como imposibilidad de

⁸⁰ De todas formas, el interés prioritario del legislador es regular el tratamiento de insolvencia de las empresas. Claro exponente de lo indicado es la alusión al deudor no empresario en un único artículo, que sirve de cierre al Título I.

cumplir puntualmente las obligaciones, de la que son manifestaciones externas los hechos enumerados por el legislador, pero que sólo sirven para declarar el procedimiento cuando el juez verifique la existencia de insolvencia, como situación económica de fondo (sistema de comprobación judicial necesaria y a priori). Por tanto, la inviabilidad de la empresa, o sea su no recuperación económica, será el elemento determinante para configurar la apertura de la quiebra, ya que si su situación se juzga superable, será declarada la modalidad adecuada de recuperación. En el ordenamiento jurídico concursal portugués predominan los intereses privados sobre los públicos, siguiendo el modelo privatista americano y alemán, por contraposición a los modelos más publicistas de algunos ordenamientos latinos, como el francés o el italiano.

El legislador ha procurado acelerar las operaciones de liquidación, introduciendo simplificaciones y agilizaciones en materia de recursos, plazos y, en especial, procediendo a la inmediata liquidación del activo, sin condicionarla a la exacta verificación del pasivo (como ha recogido la reforma orgánica de los procesos concursales italiana de 2006). Es de gran importancia en el procedimiento liquidativo la equiparación del tratamiento de los títulos de crédito privilegiados (Estado, Hacienda, Seguridad Social) al de los ordinarios. Con ello se trataría de reconducir el desinterés de estos últimos por el procedimiento de la quiebra, y que, en la situación anterior, conocían de antemano, por la insuficiencia habitual del activo respecto del pasivo del deudor, que serían los acreedores privilegiados los que cobrarían, quedando ellos fuera de toda posibilidad de cobro⁸¹.

La solicitud de declaración de quiebra por el deudor –obligatoria, en un plazo de 60 días si existe incumplimiento de determinados hechos reveladores de insolvencia- no puede ser declarada por el juez si existe oposición de los acreedores y se justifica su viabilidad económica. Si quien la solicita es una empresa, serán su titular o el órgano social encargado de la administración, los habilitados para llevarla a cabo. Por el contrario, la solicitud de quiebra presentada por cualquier acreedor, cuando no considere viable

⁸¹ PULGAR, J., “Introducción al Decreto Ley sobre los procesos especiales de recuperación de empresas y la quiebra de 1993”, *Textos de Derecho Concursal Europeo*, Consejo General de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cuadernos de Derecho y Comercio, Monografía 1993, pp. 221-223.

económicamente la empresa, puede ser contestada por el deudor u otros acreedores que representen al menos un 30% del valor de los créditos reconocidos, quienes si alegan y justifican su viabilidad económica, y se considera probabilidad seria su recuperación, puede el juez ordenar que continúe el proceso como si se tratase de recuperación de empresa. Si la empresa insolvente se considera económicamente viable y considera superable su mala situación financiera, puede solicitar del Juez la recuperación de la empresa en la modalidad –convenio, acuerdo de acreedores, reestructuración financiera, gestión controlada- que considere más adecuada. Y no solo la empresa. También cualquier acreedor puede solicitar su recuperación e, incluso, el Ministerio Público; éste último, cuando exista un interés económico y social en el mantenimiento de su actividad⁸².

Por otra parte, el juez debe declarar la quiebra de la empresa si la junta de acreedores no delibera dentro de los ocho meses siguientes sobre la continuación del proceso de recuperación, e incluso de forma inmediata si los acreedores que representan el 75% del valor de los créditos rechazan el proceso. Igualmente compete al juez la declaración inmediata de la quiebra, ante la decisión firme de no homologar la modalidad de recuperación económica, aprobada en junta de acreedores. Cabe incluso la declaración judicial de quiebra cuando, solicitada por acreedores, el deudor sometido a convenio o acuerdo de acreedores, se hubiera fugado –bien el titular de la empresa o los órganos de administración- , o constase el despilfarro, pérdida de bienes o falta de cumplimiento de alguna de las obligaciones asumidas en el convenio⁸³. En la sentencia que declara la quiebra se nombra liquidador judicial. Para el deudor (el de sus administradores, si es persona jurídica) significa su desapoderamiento patrimonial y la prohibición de ejercer el comercio. El liquidador puede realizar todos los actos ordinarios de administración, aunque necesita autorización del juez, oída la comisión de acreedores y, en su caso, el quebrado, entre otros actos, para conceder rebajas de créditos, realizar transacciones, extinguir embargos e hipotecas, pudiendo determinar, oída la comisión, el cierre temporal o definitivo, de cualquier establecimiento del quebrado. La liquidación del activo la realiza el liquidador judicial, con la cooperación y control de la comisión de acreedores. Cuando

⁸² GOZALO LÓPEZ, V., “La nueva Ley concursal portuguesa”, RdM, n° 208 (1993), p.619.

⁸³ GOZALO LÓPEZ, V., “La nueva Ley concursal...”, art. cit., p. 622.

el activo del quebrado lo constituye un establecimiento comercial o industrial, la venta se efectuará sobre la totalidad, salvo que no haya ofertas satisfactorias o se reconozca ventaja en la venta separada de los bienes que lo integran. Es posible la venta por negociación particular, efectuada por el liquidador judicial como representante de la masa, por valor nunca inferior al precio mínimo establecido y previo acuerdo de la comisión de acreedores. Debemos indicar, finalmente, que puede terminarse el proceso de quiebra mediante convenio extraordinario entre acreedores -con mayoría del 75% del valor de los créditos- y el quebrado, con el parecer favorable del liquidador judicial y de la comisión de acreedores, en cuanto a las condiciones legales del mismo y la posibilidad de su cumplimiento por el deudor.

Código de la Insolvencia y de la Recuperación de Empresas de 2004

A pesar de los indudables avances que supuso la reglamentación concursal de 1993, la prioridad de la recuperación del patrimonio del deudor sobre su liquidación y su tratamiento en dos procedimientos diferentes se reveló insuficiente, cuando no perjudicial en muchas ocasiones, al retrasar la liquidación de una empresa en base a una pretendida recuperación, cuando su viabilidad era infundada⁸⁴, reduciendo la posibilidad de cobro de sus créditos por parte de los acreedores, ya que la finalidad principal del procedimiento concursal es la satisfacción, de la forma más eficaz posible, de sus créditos, siendo ellos quiénes deben decidir si su pago se obtendrá mediante la liquidación del patrimonio del deudor, o bien, a través del mantenimiento de la actividad y la reestructuración de la empresa, en manos del deudor o de terceros, como se expresa en la Exposición de Motivos del Código de Insolvencia y de Recuperación de Empresas, aprobado por Decreto Ley nº 53/2004 de 18 de marzo, actualmente en vigor⁸⁵.

⁸⁴ “El proceso de recuperación anterior asentado en diagnósticos errados de la situación económico-financiera de las empresas, no constituye más que un mecanismo de demora de una quiebra inevitable, y por tanto de agravamiento de la situación de los acreedores concursales”. EPIFANIO, M. del R., “El nuevo Derecho Concursal portugués”, en RcP nº 2/2005, La Ley, p. 385.

⁸⁵ Vid. CANDELARIO, M.I. y RODRÍGUEZ L.E., “Apuntes sobre el nuevo Código de la Insolvencia y de la Recuperación de Empresas de Portugal”, en RcP, nº 2/2005, La Ley, p.396.

En la nueva reglamentación concursal portuguesa se pretende “devolver el papel central a los acreedores, convertidos -por causa de la insolvencia- en propietarios económicos de la empresa”. No se trata de “desjudicializar por completo” el procedimiento, sino reducir la intervención del juez a lo que estrictamente conlleva el ejercicio de la función jurisdiccional. La función de mayor relevancia del juez será ahora declarar o no la insolvencia, sin que para ello tenga que pronunciarse sobre la recuperabilidad financiera de la empresa (Exp. Motiv. nº 10). Insolvencia que no hay que confundir con quiebra, ya que la imposibilidad de cumplir las obligaciones vencidas – insolvencia- no implica la inviabilidad financiera de la empresa (postulada por la quiebra). (Exp. Motiv. nº 7).

Con el Código de Insolvencia desaparece la prioridad de la recuperación sobre la liquidación (art. 1) a través de la unificación procesal y mediante la atribución a los acreedores de la facultad de optar por la recuperación, después de declarada la insolvencia⁸⁶, siguiendo la pauta de los ordenamientos concursales alemán y español, si bien en nuestra LC el convenio se presenta como la solución normal del concurso y, en cambio, en el ordenamiento concursal portugués recuperación y liquidación pasan a estar en pie de igualdad⁸⁷. La insolvencia se define como una situación del deudor en la que se encuentra imposibilitado de cumplir sus obligaciones vencidas y, tratándose de personas colectivas o patrimonios autónomos, cuando su pasivo sea manifiestamente superior al activo (art. 3, nn. 1 y 2)⁸⁸.

⁸⁶ En el art. 1 del Código de Insolvencia se expone que “un proceso de insolvencia es un proceso de ejecución universal que tiene por finalidad la liquidación del patrimonio de un deudor insolvente y el reparto del producto que se obtenga entre los acreedores o la satisfacción de éstos por medio de lo previsto en un plan de insolvencia, que específicamente se base en la recuperación de la empresa, comprendida en la masa de la insolvencia”. EPIFANIO M. del R, “El nuevo Derecho...”, art. cit., p 385.

⁸⁷ “El resultado de recuperación de la empresa, privilegiada en el Código precedente, ahora sólo puede ser alcanzado de forma prioritaria siempre que la empresa insolvente sea económicamente viable y financieramente recuperable”. PESTANA DE VASCONCELOS, L.M., “El nuevo régimen concursal de la compraventa en Derecho Portugués”, en RcP, nº 7/2007, pp. 255 ss.

⁸⁸ Sin embargo no habrá insolvencia (art. 3.3), aunque según las normas contables el pasivo fuera superior al activo, cuando la situación se invierte –el activo supera al pasivo- por causa de elementos que, mediante justa valoración, alcancen esa solvencia; o se logre su solvencia, al valorar la empresa con una perspectiva de continuidad o de liquidación (conforme a lo que se considere más probable), o no se incluyan en el pasivo deudas que se paguen con fondos sobrantes, después de atender al resto de acreedores.

La declaración de insolvencia, resuelta por el juez del domicilio del deudor o del lugar donde tenga sus intereses principales –en el caso de sociedad comercial o una masa insolvente, integrada por una empresa, serán los Tribunales de Comercio los competentes (art. 8 del Decreto Ley)- tendrá pronunciamiento favorable cuando los hechos alegados en la solicitud por acreedores u otros legitimados se encuentren tipificados en el art. 20.1 y fueran debidamente probados (art. 35.4)⁸⁹. Cuando el requirente sea el deudor, debe solicitar la declaración dentro de los 60 días siguientes al conocimiento de la situación de insolvencia, presumiéndose su conocimiento –caso de personas colectivas o patrimonios autónomos- cuando hayan transcurrido 3 meses desde el incumplimiento generalizado de las obligaciones tributarias, de la Seguridad Social, salariales, entre otras (art. 18, nn. 1 y 3). La sentencia por la que se declare la insolvencia del deudor⁹⁰ solicitada a instancia suya, se dictará al tercer día de su presentación o de la rectificación de los errores susceptibles de ser corregidos, ya que la propia solicitud implica su reconocimiento de la situación de insolvencia (art. 28)⁹¹.

Una vez firme la declaración de insolvencia, nombrado en ella el administrador de la insolvencia –con los poderes y competencias expresados en los arts. 55, 81 y 82- notificada a las personas y organismos aludidos en el art. 37 nn. 1 y 2 (entre ellos, a los mayores acreedores, personalmente, por carta registrada o por medios electrónicos; al resto de acreedores se les notifica por edictos y por anuncio en el Diario de la República),

⁸⁹ Los hechos tipificados en el art. 20.4 se refieren a: Suspensión generalizada en el pago de las obligaciones vencidas; falta de cumplimiento de una o más obligaciones que, por su importe o circunstancias de su incumplimiento, se revele la imposibilidad del deudor de satisfacer puntualmente y de forma general sus obligaciones ; fuga, abandono del local en el que se ejerce la actividad principal; abandono o liquidación apresurada de bienes; insuficiencia de bienes trabados para pago de un crédito, verificada en procedimiento ejecutivo contra el deudor; así como incumplimiento generalizado, en los últimos 6 meses, de deudas tributarias, con la Seguridad Social, salariales, arrendamientos, incluso financieros e impagos en el precio de compra o de un crédito hipotecario, particularmente cuando se trata del local donde se ejerce la actividad, incluyéndose, finalmente, la manifiesta superioridad del pasivo sobre el activo, según el último balance aprobado, o el atraso superior a 9 meses, en la aprobación o depósito de las cuentas, cuando se esté legalmente obligado.

⁹⁰ La solicitud del deudor puede fundamentarse no sólo en la insolvencia actual, sino también en la inminente (art. 3.4), inspirada en el §18 Ins0 y el art. 2.3 de nuestra LC.

⁹¹ Este automatismo en la declaración de insolvencia solicitada por el deudor se aleja del criterio dispuesto en nuestra LC, que requiere la existencia, en la documentación aportada, entre otros, de algunos de los hechos presuntivos de insolvencia (art. 2.4 LC) para que el juez dicte auto de declaración de concurso (art. 14.1 LC).

e inscrita en los Registros Oficiales correspondientes, el procedimiento cristaliza en la liquidación universal de los bienes que integran la masa activa o en la ejecución de un plan de insolvencia, especialmente orientado a la recuperación de la empresa, manteniendo la titularidad el deudor insolvente o un tercero (Exp. Motiv. nº 3, IV).

El administrador de la insolvencia elabora un informe en el que debe incluir un inventario de los bienes y derechos integrantes en la masa, indicando especialmente los valores practicados, si fueran distintos a los aportados, para el caso de continuar la actividad de la empresa o de su liquidación. Aporta también una lista provisional de acreedores, distinguiendo su naturaleza garantizada, privilegiada, común o subordinada de los créditos y las posibilidades de compensación (arts. 153 y 154)⁹². En el informe (art. 155) se recogerá un análisis del estado de la contabilidad del deudor, con la opinión – contable y financiera- que sobre el mismo tenga el administrador, así como de las perspectivas de mantenimiento de la empresa, en todo o en parte, de la conveniencia de aprobar un plan de insolvencia; las consecuencias que para los acreedores comportan las diversas soluciones, así como la propuesta de aprobación de un plan de insolvencia, siempre que esa fuera la solución considerada más conveniente.

La Asamblea de acreedores⁹³, con participación facultativa de tres representantes de la Comisión de trabajadores y asistencia obligatoria del administrador de la insolvencia, miembros de la Comisión de acreedores y los administradores del deudor, si es persona jurídica (art. 72), con posibilidad de voto de los acreedores subordinados (art. 73.4)⁹⁴, decide sobre el cierre o mantenimiento de actividad de los establecimientos integrados en la masa de la insolvencia. La decisión de encargar al administrador la elaboración de un plan de insolvencia puede determinar la suspensión de la liquidación de la masa (art.

⁹² Compensación prohibida en nuestra LC –art. 58- salvo que sus requisitos hubieran existido antes de la declaración de concurso.

⁹³ El informe debe ser entregado para su análisis al deudor, comisión de acreedores y comisión de trabajadores o sus representantes, quienes pueden pronunciarse sobre el mismo.

⁹⁴ En este aspecto, se separa de lo preceptuado en la LC, ya que los acreedores subordinados no tienen derecho a voto en la Junta (art. 122. 1 1º LC).

155)⁹⁵. Suspensión que cesará si en 60 días el administrador no ha presentado el plan, no fuera admitido o no resultare aprobado por la Asamblea u homologado por el juez (art. 156).

Como sucedía en la anterior reglamentación, una vez analizado el informe por la Asamblea de acreedores, y con independencia de la verificación del pasivo (art. 158) – siempre que a ello no se opongan las decisiones adoptadas en aquélla, el administrador procede a la venta inmediata de los bienes de la masa insolvente, aunque necesita del consentimiento de la Comisión de acreedores –si existe, o si no de la propia Asamblea– para actos jurídicos de especial relieve, entre otros la venta de la empresa o de sus establecimientos; de los bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial o de las participaciones en otras empresas, destinadas a garantizar relaciones duraderas, así como para la enajenación de los bienes inmuebles de la entidad deudora.

Las enajenaciones de especial relieve, bien por efectuarse mediante venta directa o por la identidad del adquirente, deben comunicarse a la Comisión de acreedores, si existe, así como al deudor, quince días antes como mínimo de la fecha fijada para la transacción. El juez puede, mediante requerimiento efectuado por el deudor o acreedores que representen al menos un quinto del total de créditos –exceptuados los subordinados– paralizar la enajenación y convocar Asamblea de acreedores para que presten su

⁹⁵ La Asamblea –que sólo puede reunirse para decidir sobre un plan de insolvencia cuando se hubiera agotado el plazo para la impugnación de la lista de acreedores reconocidos– puede aprobar un plan de insolvencia en el que se recoja, fundamentalmente, si la satisfacción de los acreedores puede obtenerse más que por la liquidación, en base a la recuperación de la empresa en manos del deudor o mediante su transmisión a un tercero. El plan no tiene un contenido regulado normativamente, como ocurría en el Código de 1993, sino que es fijado libremente por los acreedores. La propuesta presentada por el administrador, el deudor o la quinta parte, como mínimo de acreedores no subordinados (en este caso, siempre que estuvieran reconocidos por la sentencia de verificación o gradación de créditos o, si todavía no hubiera sido pronunciada, por estimación del juez) recogerá fundamentalmente si la satisfacción a los acreedores se obtendrá por la recuperación a través del deudor o mediante la transmisión de la empresa a un tercero; los pagos a los acreedores; forma de llevarlos a cabo; quita y/o espera, constitución de garantías y la posible cesión de bienes a los acreedores (prohibida expresamente en la LC, art. 100.3), el plan de inversiones, así como las modalidades específicas relativas a las sociedades, que recuerdan en gran medida a las recogidas en la propuesta de convenio del ordenamiento concursal español. El juez, a requerimiento del proponente del plan, decreta la suspensión de la liquidación, si fuera necesario, para no poner en riesgo la ejecución del plan de insolvencia propuesto (art. 206). La propuesta será, en su caso, aprobada por los acreedores por mayoría cualificada y finalmente homologada por el juez (art. 195.2).

consentimiento, cuando hubiera alguna posibilidad de venta más ventajosa a otro interesado.

La empresa, incluida en la masa insolvente, al igual que en nuestro ordenamiento, debe enajenarse como un todo, salvo que no haya una propuesta satisfactoria o sea más ventajosa su venta por partes (art. 162). La venta de la empresa o de sus elementos o la realización de otros actos de especial relieve, sin el consentimiento de la Comisión o la Asamblea de acreedores no perjudica lo actuado por el administrador de la insolvencia, salvo que las obligaciones asumidas excedieren de forma manifiesta de las soluciones que se hubieran podido adoptar en contrapartida (art. 163; norma influenciada por lo dispuesto en el § 164 de la InsO),

El Código de Insolvencia deja en libertad al administrador para escoger cualquier modalidad de venta, aunque si se trata de bienes con garantía real, el acreedor garantizado tendrá que ser informado previamente del valor base fijado o del precio de la enajenación proyectada, pudiendo proponer él mismo su adquisición por un precio superior, debiendo el administrador –si no aceptase la propuesta- proceder a enajenar el bien al acreedor, si finalmente hubiera optado por efectuar la venta a un precio inferior.

No hay prohibición de venta de la empresa o de sus ramas de actividad o bienes por separado al deudor o a personas o grupos especialmente relacionados con él, como tampoco a sus administradores o apoderados. Tan solo alcanza la prohibición al administrador de la insolvencia, en paralelo con lo dispuesto en el art. 151 de la LC. Igualmente, y aunque no se indique un plazo para el término de la liquidación, el Código señala –al igual que en la norma concursal española (art. 153 LC)-que cualquier interesado, con justa causa, podrá requerir del juez la destitución del administrador, si hubiera transcurrido un año desde la reunión de la Asamblea para la apreciación del informe, sin haber finalizado la liquidación, o al término de cada semestre, si se hubiera prolongado justificadamente.

ALEMANIA

La Ley concursal alemana (**Insolvenzordnung –InsO–**) de 5 de octubre de 1994, establece un nuevo procedimiento judicial unitario para el tratamiento de la insolvencia o crisis económica de la empresa, que trata de compatibilizar, actualizándola, la normativa concursal liquidatoria de la *Konkursordnung* de 1898 (K.O.) con el convenio o transacción judicial, de carácter conservativo. Saneamiento y recuperación empresarial se coordinan con el derecho colectivo de los acreedores a satisfacer sus deudas, criterio este último que continúa siendo la finalidad básica del procedimiento de insolvencia. La satisfacción de los acreedores mediante la realización del patrimonio del deudor, o bien a través de un plan de insolvencia, dirigido a la conservación de la empresa mediante su explotación, son los ejes del nuevo procedimiento.

De los tres presupuestos objetivos de apertura del procedimiento, el más general es la insolvencia, definida como la imposibilidad del deudor de cumplir con las obligaciones exigibles (§17); más explícitamente, es la carencia de medios de pago, basada en una permanente incapacidad patrimonial del deudor para cumplir en todo o en parte las reclamaciones de los acreedores al vencimiento de sus deudas dinerarias. La InsO mantiene la presunción de suponer, como regla, la insolvencia cuando el deudor ha cesado en sus pagos. El sobreseimiento en los pagos es la manifestación externa más común de la insolvencia, pero no supone un *numerus clausus*, sino que caben otras manifestaciones, las cuales serán ponderadas por el Juez cuando compruebe la situación de insolvencia. La segunda causa de apertura del procedimiento es la “amenaza de insolvencia” (§18) –sólo el deudor puede fundamentar en ella su solicitud- es decir, la insolvencia potencial, mediante la cual el deudor prevé que no podrá hacer frente al cumplimiento de las obligaciones de pago pendientes en el momento de su vencimiento⁹⁶. La anticipación del procedimiento por esta causa no sólo permitirá, en algunos casos, la salida de la crisis sin menoscabo de los créditos de los acreedores, sino también evitará iniciar el procedimiento

⁹⁶ La insolvencia potencial es un precedente directo de la insolvencia inminente de nuestra Ley Concursal, como en su momento analizaremos.

en un momento posterior, con resultados casi siempre más negativos para el deudor, por lo que se refiere a las posibilidades de cobro de las deudas.

La última causa que posibilita la apertura del procedimiento –aplicable sólo sobre el patrimonio de las personas jurídicas- es el “sobreendeudamiento”, definido en la InsO como la situación en la que el patrimonio del deudor no cubre las obligaciones contraídas⁹⁷. La diferencia entre sobreendeudamiento o endeudamiento excesivo e insolvencia estriba en que el primero hace referencia a una regla contable, en la cual el pasivo es superior al activo, no existiendo por tanto, actualmente, la posibilidad de satisfacer completamente a los acreedores. La insolvencia, en cambio, supone una permanente incapacidad patrimonial del deudor para cumplir en todo o en parte sus obligaciones vencidas. Mediante el sobreendeudamiento cabe la posibilidad del deudor de acceso al crédito, lo cual es inexistente en la insolvencia. La InsO facilita un criterio –inexistente en el ordenamiento anterior- para la valoración del activo de la empresa, que se aparta de las normas contables de valoración individual de los bienes que lo integran, para aplicar un principio de mayor corrección, cual es la evaluación de los activos de empresa en funcionamiento⁹⁸, si bien siempre que sea factible su continuidad, en base a los análisis técnicos que la fundamenten.

El presupuesto subjetivo de apertura del procedimiento presenta la particularidad de dirigirse a todo tipo de personas, físicas y jurídicas, incluso sin personalidad jurídica, con independencia de la condición civil o mercantil del deudor, porque el procedimiento se abre no en consideración a la persona, sino al patrimonio. Es posible su apertura incluso a una persona jurídica ya disuelta, antes de que se consume la distribución del patrimonio (§ 11.III). De todas formas, la InsO pone especial acento en el deudor, persona jurídica, ya que el sobreendeudamiento sólo es causa objetiva de apertura del procedimiento en éstas (§19), mientras que la insolvencia lo es de cualquier deudor. La apertura se produce sólo a instancia de parte, nunca de oficio, estando legitimados para solicitarla deudor y

⁹⁷ GOZALO LÓPEZ, V., “La reforma del Derecho Concursal Alemán”, en RdM nº 215, p.211. Advierte el autor que esta situación contrasta con la normativa de la K.O., en la que el concepto de sobreendeudamiento no estaba claramente definido, lo que obligaba a recurrir a normas contables.

⁹⁸ Puede observarse este mismo criterio de valoración de activos empresariales –criterio de empresa en funcionamiento- en la *Insoolvency Act* inglesa de 1986, con referencia al test contable (*balance sheet test*), sobre la prueba de un desbalance patrimonial.

acreedores. Interesa resaltar que el deudor puede retirar su petición hasta la resolución de apertura o de su rechazo en firme (§ 13). Cuando el deudor sea una persona jurídica están legitimados para solicitar su apertura todo miembro del órgano de administración o de liquidación. Si la solicitud no la formulan todos los miembros de esos órganos, sino parte de ellos, se admitirá si resulta acreditada la causa de apertura, si bien el Juzgado debe oír a los restantes miembros (§15).

Interesa también destacar que el deudor –juntamente con la petición de apertura del procedimiento de insolvencia- puede presentar un plan de insolvencia (§218), fundamentalmente dirigido a la conservación de la empresa.

La Ins0 apuesta por el carácter público del procedimiento, sin perder de vista su finalidad principal, cual es la satisfacción colectiva de los acreedores del deudor. Por ello, y como órganos principales del procedimiento, se encuentran el Juez (con funciones de dirección, supervisión y seguimiento del procedimiento), el Administrador –nombrado por el Juez y ratificado por los acreedores- con la misión de administrar o controlar la administración del patrimonio del deudor y la Comisión y la Junta de acreedores, la primera con funciones de vigilancia y auxilio del Administrador en la explotación de la masa activa y la Junta, órgano decisor sobre actos jurídicos particularmente relevantes en defecto de la Comisión (§160); asimismo adopta decisiones sobre la paralización o continuidad provisional de la empresa del deudor, durante el plazo del informe a presentar por el Administrador; incluso, puede comisionar al Administrador para la redacción de un plan de insolvencia (§157). Sólo la Junta puede autorizar la enajenación de la empresa a un sujeto particularmente interesado, por su relación o vinculaciones con el deudor o por ser un acreedor particularmente relevante (§162).

La Ins0 no contempla propiamente un plan de liquidación, en el caso de enajenación de la empresa. Se limita a ordenar la realización, sin demora, del activo empresarial, regulando fundamentalmente el procedimiento de su autorización y las cautelas a adoptar, cuando los potenciales compradores sean afines al deudor o a acreedores de particular relevancia. El punto de partida de la liquidación es el conocimiento y valoración de los

bienes que integran la masa, mediante la elaboración del Inventario por el Administrador de la insolvencia (§151), con consulta al deudor “si fuera posible sin demora perjudicial”. Deberá valorarse no sólo la empresa cuando vaya a continuar su actividad, sino también en el caso de interrumpirla. Si la valoración resulta particularmente complicada puede encomendarse a un perito.

La rápida realización del patrimonio del deudor es un criterio importante en su liquidación (§152.III). El §159 ratifica este criterio, indicando que la realización del patrimonio que conforma la masa de la insolvencia se hará sin demora, siempre que no lo impida un acuerdo de la Junta de acreedores, una vez finalizado el plazo del informe⁹⁹ El Administrador debe pedir autorización a la Comisión de acreedores y, en su defecto, a la Junta de acreedores, cuando deba ser enajenada la empresa o negocio (§ 160), informando antes de la adopción del acuerdo al deudor, cuando sea posible sin demora perjudicial. Si la Junta de acreedores no otorga su autorización, el Juzgado de la insolvencia, a petición del deudor o de la mayoría de acreedores, oído el Administrador, puede prohibir provisionalmente el acto y convocar una Junta de acreedores para que delibere sobre el mismo (§ 161).

Para enajenar la empresa o negocio a quien esté interesado en al menos una quinta parte del negocio (§ 162), es necesario contar con la autorización de la Junta de acreedores, cuando:

- pertenezca a sujetos cercanos al deudor (si es persona física: cónyuge, parientes del deudor o del cónyuge en línea recta y colaterales en primer grado; si el deudor es persona jurídica: miembros del Consejo de Administración o Supervisión, socios personalmente responsables del deudor, sujetos interesados en más de un cuarto de capital del deudor, persona o sociedad en base a relación conciliable con el Derecho de Sociedades o a una relación de servicios que pueda conocer la situación económica del deudor (§ 138).

⁹⁹ El informe del Administrador de la insolvencia sirve de base a la Junta de acreedores para decidir sobre la continuación del procedimiento de insolvencia o la elaboración de un plan de insolvencia, dirigido a la conservación de la empresa (§ 29.II y 159).

- sea un acreedor con derecho a ejecución separada o un acreedor de la insolvencia no subordinado, cuyos derechos de ejecución separada y créditos alcancen conjuntamente un quinto de la cuantía determinada por la suma de todos los derechos de ejecución separada y de todos los créditos de los acreedores de la insolvencia no subordinados.
- la empresa esté controlada por las personas anteriormente indicadas o por un tercero que actúe por su cuenta o por cuenta de la empresa controlada (§ 162 II).

Cuando se plantee la enajenación de una empresa o negocio el Juez, a petición del deudor o de la mayoría de acreedores, oído el Administrador, podrá ordenar que se realice sólo con la autorización de la Junta de acreedores (§163). Resulta desconcertante el contenido del §164: “si se produce una infracción de los párrafos 160 a 163, no resulta modificada la eficacia del acto del Administrador de la insolvencia”. De esta manera, es válida la enajenación de una empresa, incumpliendo los preceptos aludidos. De todas formas, es preciso interpretar el contenido de este precepto a través del § 159 por el que se ordena realizar sin demora el patrimonio de la masa de la insolvencia, en la medida en que el acuerdo de la Junta de acreedores no lo impida. Consideramos, en consecuencia, que el ámbito de aplicación del §164 se circunscribe a los actos no acordados en Junta de acreedores, que no los haya impedido por acuerdo expreso o bien que el Juez no exija, para la validez, su acuerdo.

El §128 de la Ordenanza advierte de la aplicación de los preceptos relativos a la regulación de interés y protección contra el despido (§ 125), procedimiento somero de protección ante el despido (§126) y demanda del trabajador (§127), aunque deban realizarse con posterioridad a la enajenación de la empresa, indicando expresamente que en procedimiento sumario de protección ante el despido resulta interesado el adquirente de la empresa. Cuando se trata del traspaso de la empresa, la presunción o la declaración judicial en que se base la resolución de los contratos de trabajo (imperiosas exigencias del servicio, exigencias que impiden la continuación de la actividad en el mismo centro o condiciones de trabajo), estará fundamentada en el hecho de que la resolución de los

contratos laborales no se realiza por causa del traspaso (es decir, deben existir razones objetivas, intraempresariales, para que sea posible la extinción de los contratos laborales).

La Ins0 ordena la realización, sin demora, del activo empresarial, partiendo de un Inventario, debidamente valorado. El contenido y la forma de llevar a cabo la enajenación de la empresa, la configuración del precio, el procedimiento de venta, lo deja en manos del Administrador. No olvidemos que el § 148,I le encarga tomar de inmediato el patrimonio del deudor en posesión y administración, a la apertura del procedimiento de insolvencia, con el mandato de realizar dicho patrimonio, es decir, la realización de la empresa, en su caso, siempre que la Junta de acreedores no lo impida. Es decir, sus facultades de disposición le vienen atribuidas por el acuerdo de la Junta de acreedores de continuar el procedimiento de insolvencia, en su fase de realización. Si la Junta prohíbe la enajenación o no autoriza la venta de la empresa a sujetos cercanos al deudor o a un adquirente que, al parecer, compraría a un precio menos ventajoso para el concurso que otro, su actuación, en contra de la decisión de la Junta, significaría su nulidad. No así en las infracciones, como anteriormente analizamos, cometidos en los casos tipificados en los párrafos 160 a 163 –por ejemplo, no informar al deudor previamente al acuerdo de la Comisión, sobre la venta de la empresa-, a tenor de lo dispuesto en el § 164. El peso del Inventario, su valoración, tanto de la empresa en actividad como inactiva, la utilización de peritos expertos en valoración, son cuestiones importantes que la Ins0 recoge. Sin embargo, amplía la prohibición de venta de la empresa al deudor, a personas especialmente allegadas, miembros del Consejo de Administración y acreedores significativos, entre otros.

El Derecho concursal anglosajón en el siglo XX: Especial referencia a la liquidación concursal de Sociedades

INGLATERRA

La separación definitiva de la quiebra de las sociedades mercantiles respecto a las personas físicas se remonta a la Ley *Joint Stock Companies Act* de 1856. La *Bankruptcy* se

destinará exclusivamente a regular la insolvencia de las personas físicas y una regulación específica de las crisis económicas de las personas jurídicas irá tomando consistencia desde entonces. La *Companies Act* de 1862 y la reforma de 1890 dan paso, ya en el siglo XX, a las subsiguientes reformas de 1908, 1929, 1948 y 1985. La legislación actual se basa fundamentalmente en la *Insolvency Act* (I.A.), la *Insolvency Rules* y la *Company Directors Disqualification Act*, todas de 1986.¹⁰⁰ Se pueden reducir los procedimientos concursales de las personas jurídicas a: *Winding up* de carácter liquidativo¹⁰¹ y procedimientos de carácter reorganizativo como la “Administración controlada”.

En el procedimiento liquidativo *Winding up*, recogido en la I.A., hay que distinguir la liquidación extrajudicial (*voluntary winding up*) y la liquidación judicial, (*compulsory winding up*), gestionado el primero de manera privada por acreedores y sociedad deudora, desarrollando el órgano judicial generalmente funciones tutelares y de resolución de conflictos, mientras que la liquidación judicial es un procedimiento intervenido por órganos de naturaleza administrativa o judicial. El más utilizado es el *voluntary winding up* por ser el menos costoso y no tan riguroso con los órganos sociales de administración. En este procedimiento es exclusivamente la sociedad deudora quien puede solicitar su

¹⁰⁰ Sin olvidar las *Companies Act* de 1985 y 1989 que regulan, entre otros aspectos, los procedimientos de carácter reorganizativo, siendo el más importante la “*Administration*”. Es de advertir que, pese al carácter legal del sistema concursal inglés –que constituye una excepción al tradicional sistema de fuentes de su ordenamiento jurídico– la interpretación de los Tribunales va a tener gran importancia en la fijación práctica de las normas.

¹⁰¹ La Ley de Empresas de 2002 ha dejado prácticamente sin contenido el procedimiento *Administrative Receivership*, el cual ya no es operativo para la mayoría de las sociedades con dificultades financieras, salvo en procedimientos de insolvencia cuyo deudor hubiera acordado operaciones de capital superiores a los 50 millones de libras. El procedimiento suponía la liquidación del patrimonio de la sociedad deudora a favor del titular garantizado por un *floating charge*. El *floating charge* es un derecho de garantía que recae sobre la totalidad del patrimonio del deudor, el cual no alcanza efectos “reales” hasta que no se produce un incumplimiento que cristaliza la garantía, fijándose sobre los bienes que el deudor tenga en ese momento. TIRADO MARTÍ, I., “La liquidación concursal...”, art.cit., p. 200. La ejecución de la garantía se efectúa por el administrador-depositario extrajudicial. El administrador tiene el control de la totalidad de la empresa, de tal forma que puede tratar de recuperarla (no a la sociedad) o venderla como un negocio en marcha o, finalmente, suspender la actividad y vender los activos mediante la apertura de un procedimiento de liquidación. En este procedimiento el administrador extrajudicial se ocupa de liquidar los activos sujetos a garantías reales flotantes, mientras que en la liquidación judicial se realizan los bienes no garantizados y que corresponden a los acreedores ordinarios. Vid. ARMOUR, J., “La reforma de los procedimientos de recuperación de empresas en crisis en el Reino Unido”, RCP nº 3/2005, p. 403. Esta facultad de nombrar administrador, está limitada –a partir de la promulgación de la Ley de Empresas de 2002– al titular de una “garantía flotante” cualificada, cuando su titular –como antes indicábamos– hubiera realizado operaciones de capital superiores a 50 millones de libras. Además tan sólo ostenta prioridad en su nombramiento y no, como en la anterior normativa, la exclusiva sobre el mismo.

apertura. Su principal efecto es la restricción para continuar ejerciendo la actividad económica, si bien no se modifica su estructura orgánica. La Junta de acreedores nombra al liquidador concursal y un Comité de liquidación. La actuación de los administradores se limita normalmente a colaborar con el liquidador concursal. Aunque no se paralizan los procesos pendientes contra la deudora, cabe conceder al liquidador la facultad de solicitar la suspensión individualizada de cada procedimiento contra la sociedad. Cualquier acreedor que considere incorrectamente tutelados sus derechos puede solicitar la apertura de liquidación judicial, que concederá el Juez si considera existe riesgo cierto de falta de imparcialidad¹⁰².

La liquidación judicial (*compulsory winding up*), similar al procedimiento concursal liquidativo de los ordenamientos continentales, de carácter predominantemente público, tiende a la satisfacción de los acreedores, dando importancia a la investigación de las actuaciones de los administradores de la sociedad deudora, ya que es posible, en su caso, la imputación de responsabilidades y, entre ellas, el pago a los acreedores de una parte de sus créditos no satisfechos. Están legitimados para solicitar la apertura del procedimiento: la sociedad (tanto la Junta de socios, por mayoría de tres cuartas partes de los presentes, como el órgano de administración, por votación mayoritaria o los administradores individualmente, requiriéndose la unanimidad, en este caso). Los acreedores, incluso con créditos no vencidos; los socios, el liquidador extrajudicial e, incluso, otras personas con interés en el procedimiento.

El presupuesto objetivo para su apertura se centra en la imposibilidad para el pago de las deudas a su vencimiento (*inability to pay debts*). El legislador ha renunciado a dar una definición abstracta del estado de insolvencia porque ha preferido identificar el presupuesto objetivo de la quiebra con el cumplimiento de actos de presunta insolvencia, aunque permite al Tribunal rechazar la solicitud de quiebra siempre que conste un activo superior al pasivo en la sociedad deudora¹⁰³. Se prevén legalmente dos medios para poner

¹⁰² TIRADO MARTI, I., “La liquidación concursal...”, art. cit., pp. 206-207.

¹⁰³ PAJARDI, P., BOCCHIOLA, M., *Il fallimento nel mondo. Panorama dei sistemi concorsuali nelle realtà nazionali.*, Cedam,- Padova 1988, p. 157.

de manifiesto la insolvencia: el test de liquidez (*cash flow test*) y el test contable (*balance sheet test*). Mediante el primero, basta el impago de una deuda superior a 750 libras esterlinas, pasadas tres semanas desde la interpelación escrita para su pago o que no existan bienes suficientes para hacerlo efectivo. Juntamente con esta “vía rápida”, se contempla la posibilidad de demostrar que la sociedad deudora no puede o no quiere pagar sus deudas al vencimiento¹⁰⁴ El test contable es la prueba contable de un desbalance patrimonial, es decir., cuando el activo, valorado de acuerdo con el principio de empresa en funcionamiento, es insuficiente para hacer frente al pago de las obligaciones, incluso las condicionadas. En este método se tienen en cuenta las deudas, vencidas o no, líquidas o ilíquidas y todas aquellas que puedan materializarse en el futuro.

La *winding up* judicial, permite al Tribunal proceder a la liquidación, tanto en supuestos en que la deudora sea insolvente –por desbalance- como en otras circunstancias en que, aunque la sociedad no sea insolvente, se encuentran taxativamente enumeradas en la *Insolvency Act*¹⁰⁵ En definitiva, el legislador ha dejado al órgano jurisdiccional un amplio margen de discrecionalidad a la hora de evaluar tanto la insolvencia, por falta de liquidez, como el desbalance patrimonial que pudiera existir en la valoración patrimonial tanto del pasivo como, en particular, del activo empresarial.

Con la apertura del procedimiento se paralizan las acciones contra la sociedad; se produce un desapoderamiento patrimonial a favor del liquidador concursal (*official receiver*) nombrado por el Juez¹⁰⁶; los administradores sociales cesan en sus cargos y se resuelven automáticamente los contratos laborales, salvo cuando vaya a continuar

¹⁰⁴ TIRADO MARTÍ, I., “La liquidación concursal...”, art. cit., pp. 210-211. Es indiferente que el activo sea mayor que el pasivo. En el caso *Cornill Insurance Plc v. Improvement Services Ltd.*, el Juez decidió la apertura del procedimiento contra una aseguradora multinacional, económicamente solvente, por su infundada y persistente negativa a pagar unas pocas cientos de libras a un asegurado. De todas formas el Juez goza de gran discrecionalidad en su decisión: la iliquidez puede no ser suficiente si toma en consideración la posibilidad del deudor de acudir a financiación externa.

¹⁰⁵ PULGAR, J., *El Presupuesto Objetivo...*, o.c., pp. 281 ss.

¹⁰⁶ Los acreedores garantizados podían vetar la orden judicial de nombramiento de un liquidador judicial, nombrando uno extrajudicial. En consecuencia, las órdenes judiciales de administración eran concedidas únicamente cuando la sociedad no tenía garantías reales flotantes o si su titular consentía en el nombramiento judicial del liquidador. Por otra parte, los acreedores con derechos de garantía podían solicitar del Juez el levantamiento de la moratoria en aquellos procedimientos en los que el “balance de intereses” se inclinara firmemente a su favor. Vid. ARMOUR, J. “La reforma de los procedimientos...”, art. cit., p. 404.,

temporalmente la actividad empresarial. El *official receiver* es un funcionario público¹⁰⁷. Administra el patrimonio de la compañía en liquidación, elabora el informe en base al cual procede la formación de las masas activa y pasiva, se encarga de la administración sobre el comportamiento de los órganos sociales y de las posibles actuaciones irregulares, para eventuales exigencias de responsabilidad¹⁰⁸ o ejercicio de acciones de reintegración a la masa activa concursal. Es competente de la venta del activo de la sociedad, del reparto entre los acreedores, según prelación, del líquido obtenido y, en general, de llevar a cabo todo lo necesario para llevar a buen fin la liquidación concursal de la sociedad deudora.

Una vez depuradas y determinadas las masas activa y pasiva el *official receiver* procede a la venta del patrimonio, sin más limitaciones que aquellas enajenaciones que pudieran beneficiar a la entidad deudora en detrimento de los acreedores. A título de ejemplo, necesita que el Comité de acreedores convalide una operación de venta de activos concursales, cuando la contraprestación consista en títulos de participación en el capital de la sociedad compradora. Interesa resaltar la acción revocatoria para reintegrar a la masa activa bienes enajenados, incluso antes de la apertura del procedimiento –siempre que se cumplan determinados requisitos- con el fin de evitar el desmembramiento del negocio, que pudiera frustrar la obtención del mayor valor posible en la liquidación del patrimonio de la sociedad quebrada. De todas formas, conviene remarcar que con esta medida no se pretende directamente la continuidad del negocio, como finalidad principal, sino la mayor satisfacción de los acreedores, al igual que ocurre con la posible continuidad en la acción económica de la empresa, igualmente orientada a conseguir una mejor liquidación.

Los acreedores ordinarios cobrarán según el método proporcional, de acuerdo con el importe respectivo de cada crédito. Sin embargo, y en contra de lo regulado en otros

¹⁰⁷ TIRADO MARTÍ, I., “La liquidación concursal...”, art. cit., pp. 209-210.

¹⁰⁸ La I.A. de 1986 establece que el liquidador pueda solicitar del Juez que declare la contribución al patrimonio social de la deudora, en la cuantía que considere adecuada: a quienes hubieran tenido la intención de defraudar a algún acreedor; a los administradores que no hubieran mitigado las previsibles pérdidas de los acreedores sociales, si sabían o hubieran debido saber que no había perspectivas razonables de evitar la liquidación concursal y a los administradores que hubieran infringido el deber de fidelidad, lealtad y confianza con la sociedad.

ordenamientos jurídicos, es posible la compensación de deudas en base a su “justicia”, porque es lo que las partes han acordado y sin su existencia no se hubiera aplazado el pago o, al menos, se hubiera restringido¹⁰⁹. El procedimiento *compulsory winding up* termina con la celebración de una Junta de acreedores en la que el liquidador presenta el informe final, en el que se detallan las cuentas para su aprobación, para proceder después a presentar el Acta en el Registro Mercantil; una vez inscrito el cierre, queda automáticamente extinguida la Sociedad a los 3 meses de su inscripción.

Reino Unido. La Ley de Empresas de 2002

El problema principal de la legislación anterior en los procesos de recuperación de empresas en crisis radicaba en los conflictos de intereses entre los distintos tipos de acreedores.

La *Insolvency Act* de 1986 no conseguía promover una cultura de recuperación empresarial¹¹⁰, como consecuencia en gran parte de los derechos de veto de los titulares de las “*floating charge*” (garantías reales flotantes), que hacía de los convenios voluntarios entre acreedores y administración judicial un instrumentos de escaso valor operativo.

El procedimiento de administración extrajudicial (*administrative receivership*) – ejecución de garantías reales de uno o varios acreedores, generalmente sobre la totalidad del patrimonio de la sociedad deudora¹¹¹– cuyo administrador era nombrado por el acreedor garantizado– no era eficaz para maximizar el valor para todos los acreedores, ya

¹⁰⁹ GOODE, V., *Principles of Corporate Insolvency Law*, 2ª edic., Londres 1997, p. 153. Compensación que debe ajustarse a criterios de reciprocidad, homogeneidad, liquidez, exigibilidad y, finalmente que los créditos estén ya vencidos, para evitar la compra de los mismos.

¹¹⁰ El procedimiento de administración judicial, así como los convenios voluntarios de los acreedores – instrumentos concebidos como alternativa a una liquidación inmediata– no resultaron atractivos como medios idóneos para la recuperación de las empresas en crisis. Vid. FLETCHER, I.F., “Cuatro décadas del derecho de la insolvencia: la experiencia inglesa”, en RcP, nº 8/2008, LA LEY, p. 45.

¹¹¹ Administración extrajudicial que también podía darse en el procedimiento de administración judicial, ya que los acreedores garantizados tenían la facultad de vetar la orden judicial de nombramiento de un administrador judicial y nombrar en su lugar uno extrajudicial. Incluso podían solicitar del juez el levantamiento de la moratoria en el inicio o seguimiento de las ejecuciones singulares, cuando ello favoreciese a sus intereses.

que de hecho prevalecían los intereses de los garantizados. Si los activos –tanto la propia empresa como un todo o por partes- se conseguían vender en un procedimiento de disolución por mayor importe que el conjunto de los débitos garantizados, el administrador nombrado a instancia del acreedor con garantías reales prefería esa opción a costa de obtener un menor importe global por la venta, ya que se había conseguido una opción rápida, segura y de total cobertura de aquellos créditos, contra una posibilidad de continuar la actividad para la búsqueda de un adquirente que maximizara el valor de los activos, lo que implicaba mayor tiempo –con el consiguiente incremento de costos- a la par que incertidumbre en la consecución de un mayor valor al actualmente ofertado.

Además, la posibilidad de que el acreedor garantizado obtuviese la recuperación de su crédito a través de una actuación del administrador extrajudicial que forzase la venta directa en lugar de conseguirlo a través de un procedimiento de disolución de la empresa en dificultades, era otro de los motivos que impulsaban a modificar la normativa en vigor. Se consideraba que el procedimiento del administrador extrajudicial carecía de transparencia y de responsabilidad equilibrada frente a todos los acreedores de la entidad deudora, ya que los acreedores ordinarios eran los más afectados por la solución adoptada.

Finalmente algunos ordenamientos, en el ámbito internacional, habían encontrado dificultades para reconocer a la administración extrajudicial como un verdadero procedimiento de insolvencia, por su acentuada inclinación hacia los intereses de una parte de los acreedores¹¹².

Con la Ley de Empresas de 2002¹¹³ el procedimiento de administración extrajudicial deja de ser operativo para la mayoría de las sociedades con dificultades financieras,

¹¹² El Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia no contempla la administración extrajudicial –en su Anexo A- entre los procedimientos colectivos de reconocimiento automático en el Reino Unido.

¹¹³ Dos años antes se había aprobado una Ley de la Insolvencia que corregía uno de los principales defectos en el procedimiento de convenios voluntarios, cual era la ausencia de moratoria sobre la ejecución de los créditos, mientras se acordaba la recuperación de la sociedad, así como normas acerca del proceso de inhabilitación de los administradores insolventes, posibilitando compromisos jurídicamente vinculantes entre los administradores y el Servicio de Insolvencia, como alternativa al procedimiento judicial. Vid. FLETCHER. I.F., “Cuatro décadas...”, art. cit., p. 46.

aunque cabe citar, como excepción, a los procedimientos de insolvencia cuyo deudor hubiera acordado operaciones de capital por importe superior a 50 millones de libras. Continúa en vigor la moratoria sobre ejecución de los créditos y recuperación de la garantía, así como el nombramiento de un administrador como gestor de la sociedad. Sin embargo, se modifica sustancialmente la manera de nombrarlo y los deberes y responsabilidades que asume el administrador con todos los acreedores. La Ley de Empresas de 2002 trata de garantizar que el administrador no sólo sea considerado responsable, sino que además, lo sea frente al colectivo apropiado de acreedores, según las circunstancias.

Al nuevo procedimiento de administración judicial se accede bien por orden judicial, con previa solicitud de la sociedad deudora, sus administradores o cualquier acreedor; o por vía extrajudicial, por solicitud de la sociedad o sus administradores o, en su caso, por solicitud del titular de una garantía flotante cualificada¹¹⁴. En este último supuesto, su titular tiene “prioridad” para el nombramiento de administrador, privilegio que cabe justificar por la desaparición del derecho que, según la anterior normativa, tenía para nombrar administrador extrajudicial.

El administrador judicial está investido de un amplio poder¹¹⁵ con el fin de conseguir alcanzar los siguientes objetivos: recuperar la sociedad como negocio en marcha; obtener -mediante la administración- un mejor resultado para los acreedores que el que se hubiera podido conseguir mediante la liquidación de la sociedad y, finalmente, realizar los bienes del deudor para distribuir el producto de lo obtenido, comenzando por los acreedores garantizados o privilegiados. La Ley se configura en orden a la responsabilidad del administrador frente a todos los interesados en el procedimiento y a procurar la transparencia de sus decisiones; por un lado, mediante la exigencia de votación de las propuestas del administrador en Junta de acreedores y, por otra parte, mediante la

¹¹⁴ No basta la garantía flotante para tener la facultad prioritaria de nombrar administrador, sino que debe ser cualificada.

¹¹⁵ Como contrapunto, el nombramiento de administrador termina al año de producirse, salvo que los acreedores –por unanimidad, los garantizados y por más del 50% de su valor los no garantizados– aprueben su prórroga por 6 meses o un periodo superior (con aprobación judicial, en este último caso).

imposición de determinados deberes como el de eficiencia, jerarquización de los objetivos a conseguir, racionalidad en sus decisiones y prevalencia de los intereses del conjunto de acreedores sobre los garantizados, cuando su elección por los intereses de estos últimos dañase “innecesariamente” los de la totalidad.

El administrador judicial convoca la Junta de acreedores en la que se votarán sus propuestas las que, una vez aceptadas, no pueden ser modificadas salvo en una nueva Junta.¹¹⁶ De todas formas la Ley permite excluir la obligación de someter las propuestas a la decisión de la Junta (párrafo 52-1) en los casos en que el administrador considere solvente a la sociedad deudora; cuando ésta sea tan manifiestamente insolvente que los únicos bienes realizables a favor de los acreedores no garantizados sean los obtenidos para un objetivo determinado (innovación tecnológica, investigación, etc.) o, finalmente, cuando no fuera posible recuperar la actividad u obtener un mejor resultado que el que pudiera conseguirse mediante la liquidación. Cuando la Junta es obligatoria sólo están legitimados para votar los acreedores no garantizados. Por el contrario, en las Juntas con carácter general, el acuerdo se adopta por mayoría de todos los acreedores.

La justificación sobre la convocatoria y votación en Junta de acreedores está basada en quien puede ganar o perder más con la aplicación o no de la propuesta del administrador. Cuando la medida tienda a generar una distribución a los acreedores no garantizados, al ser los principales afectados, justifica la convocatoria de la Junta obligatoria y que sean esos grupos de acreedores los únicos que voten, teniendo en cuenta además que el administrador –de acuerdo con el mencionado párrafo 51.1- no presenta propuesta a la Junta si considera que sólo habrá bienes realizables para atender a los acreedores garantizados. Con carácter general, en la Junta de acreedores un acuerdo debe ser aprobado por mayoría del valor de los créditos de todos los votantes.

¹¹⁶ Si la Junta rechazase sus propuestas, el Tribunal podrá poner fin a la administración judicial, abrir la fase de liquidación o adoptar la decisión que estime más conveniente. Sin embargo, no puede imponer propuestas a los acreedores.

De todos modos, la Ley prevé unas fórmulas de compensación para que los acreedores garantizados no sean privados de voto cuando los no garantizados no tengan un interés tangible en la propuesta. En concreto, no puede aprobarse una propuesta del administrador judicial que implique posponer el pago a un acreedor preferente, dando prelación al pago de los acreedores no garantizados; o cuando la proposición suponga que a un acreedor garantizado se le pague en proporción menor que a cualquier otro, salvo consentimiento del propio garantizado. Además los acreedores garantizados pueden solicitar del juez o del administrador judicial el levantamiento de la moratoria en la ejecución de los créditos. La decisión se adoptará contraponiendo el daño que suponga para los acreedores garantizados el mantenimiento de la moratoria con el generado al conjunto de acreedores si se autorizase su ejercicio, aunque sólo se favorecerá a estos últimos cuando sea para evitar un daño “desproporcionado” a sus intereses.

Con relación a la amplitud de facultades de los administradores hay que señalar la posibilidad de actuar, antes de celebrar obligatoriamente la Junta de acreedores, cuando exista una oferta realizada por algún potencial comprador, considerada muy positiva y cuya decisión debe adoptarse con urgencia. En tal caso, el administrador, a posteriori, informará en Junta los motivos de su actuación y las consecuencias de la misma (párrafo 111-2).

Indicaremos, para terminar, que la reforma producida por la Ley de Empresas de 2002 no modifica, en sustancia, el procedimiento de liquidación judicial, ya que está orientada fundamentalmente a regular la recuperación de empresas mediante procedimiento de administración judicial, sustituyendo la administración extrajudicial de los procedimientos de insolvencia –con la excepción de acuerdos en el mercado de capitales superiores a 50 millones de libras-. La fase de liquidación obligatoria (*compulsory Winding up*) entrará en juego en los supuestos legalmente tipificados, sin olvidar el objetivo de conseguir, mediante la liquidación del activo, el mejor resultado para la cobertura de los intereses de los acreedores.

ESTADOS UNIDOS

Los nuevos institutos conservativos –tanto judiciales como extrajudiciales tendrán en USA, durante el siglo XX, una creciente aceptación, hasta el punto de relegar la quiebra a un mero carácter residual, a utilizar tan solo cuando la crisis del deudor –persona física o jurídica- sea total e irreversible. El interés público, preocupado por las crisis de grandes conglomerados empresariales, en los que se hallan potencialmente perjudicados acreedores, trabajadores, colectivo de pequeños accionistas, obligacionistas e incluso sectores estratégicos, va progresivamente impulsando institutos conservativos, bien de carácter reorganizativo (para la gran empresa), bien convenios (para pymes o sociedades con pocos accionistas) o institutos paraconcursales (cuando exista interés público).¹¹⁷ Frente a ellos continuará la quiebra, como instituto liquidativo de carácter general, para cuya aplicación se van a tener en cuenta, además de las condiciones económicas a las que se vincula la viabilidad de la entidad deudora, otras de carácter social, en las que no sea prioritario el interés público en su conservación.

La *Bankruptcy Act* de 1898 fue parcialmente reformada por la *Chandler Act* de 1938, mediante la cual, y aunque se siguen sujetando las sociedades por acciones al procedimiento de la quiebra, se habilita un nuevo proceso dirigido a evitar la liquidación – *Corporate Reorganization*- preferido generalmente a la quiebra, el cual se utiliza en el saneamiento por motivos de interés para la economía nacional. Además, el procedimiento de *Reorganization* será aplicado a esas entidades, cuando exista simplemente una incapacidad para el pago de las deudas a su vencimiento. En 1978 se promulga una Ley sobre reorganización empresarial que dará lugar al *Bankruptcy Code* (11 de octubre de 1979), modificado en 1986 y 1994, actualmente en vigor, mediante el cual se configura un nuevo esquema institucional concursal: un solo procedimiento con dos vías solutorias: una de carácter liquidativo (*liquidation*), paralela a la quiebra y otra de carácter conservativo.

¹¹⁷ BOTTERINI DE PELOSI, F., “Stati Uniti D’America”, en PAJARDI, P. y BOCCHIOLA, M., “*Il fallimento nel mondo. Panorama dei sistemi concorsuali nell realtà nazionali*”, Cedam Padova 1988, pp. 915 ss.

Se suprimen los convenios preventivos judiciales (*arrangement*), sustituyéndose por soluciones conservativas de carácter reorganizativo. Por lo que se refiere a las personas jurídicas (sociedades por acciones) las dos vías aplicables en el *Bankruptcy Code* son: *Liquidation*¹¹⁸ (Capítulo 7) y *Reorganization* (Capítulo 11).¹¹⁹

El presupuesto objetivo de apertura del procedimiento –único para ambas vías- está en función del sujeto solicitante de la apertura. Cuando es la entidad deudora –*voluntary petition*- la propia petición constituye causa automática de apertura, independientemente de la situación económica en que se encuentre la empresa. Si lo solicitan los acreedores –*involuntary petition*- será necesaria la falta de pago con carácter general de las deudas a su vencimiento o bien el nombramiento, dentro de los 120 días anteriores a la fecha de presentación de la solicitud, de un *custodian*, autorizado para hacerse cargo de los bienes de la entidad deudora. Cualquiera de estos dos hechos externos pasan a ser presupuestos objetivos de apertura del procedimiento (en ambas vías), desvinculados de la existencia de desbalance¹²⁰, de tal forma que el *Bankruptcy Code* 1979 parece retornar al sistema del Código de Comercio francés de 1807, de sustantivación de los hechos externos de la insolvencia.

Para interpretar sobre lo que hay que entender por falta de pago, el legislador optó por limitar el inicio del proceso concursal a la falta general de pago con independencia de la situación económica de fondo; basta cualquier hecho externo que indique imposibilidad de pago de las deudas al vencimiento, bien se deba a momentánea iliquidez o a desbalance. Un sector general interpreta que la falta de pago general tiene un sentido numérico, impidiendo por tanto la apertura, el incumplimiento de pago de un pequeño número de deudas impagadas. Para otros, en cambio, no es el número sino el importe de las deudas vencidas, en relación con el pasivo de la entidad deudora. Serán los Tribunales

¹¹⁸ La finalidad de este procedimiento es proteger al deudor –puede solicitarlo tanto una persona física como jurídica- frente a los acreedores. Para que pueda obtenerse a través del mismo la extinción de sus deudas (*discharge*) debe demostrarse el estado de insolvencia, es decir, la incapacidad de poseer ingresos disponibles adecuados para pagar a los acreedores. ALVARADO, D., “La reorganización empresarial de los Estados Unidos de América: el Chapter 11”, www.gestiopolis.com, p. 6.

¹¹⁹ Vid. BOTERINI DE PELOSI, F., “Stati Uniti...”, en PAJARDI-BOCCIOLA, “*Il fallimento...*”, o.c., pp. 916-917. ALVARADO, D., “La reorganización empresarial...”, art. cit., p.3

¹²⁰ PULGAR, J., *El Presupuesto Objetivo...*, o.c., pp. 431 ss.

quienes adoptarán la resolución, en base “tanto al número como al importe de las deudas”¹²¹. El problema de la limitación a dos hechos externos –cesación de pagos o nombramiento del “custodian”- es la dificultad de aplicar el procedimiento de *Bankruptcy* a situaciones análogas. La doctrina ha tratado de suplir esta laguna extendiendo la falta de pago a cualquier hecho externo que implique una imposibilidad de pago de las deudas a su vencimiento, incluyendo así la ocultación del deudor, los pagos preferentes, las cesiones fraudulentas de bienes, préstamos ruinosos etc.¹²²

Los efectos de la declaración de apertura del procedimiento de liquidación son la paralización automática de las ejecuciones sobre los bienes de la sociedad quebrada, impidiéndose el inicio de cualquier acción legal contra su patrimonio, así como la prohibición de constituir o ejercitar cualquier garantía sobre la masa activa, aunque puede continuar en la actividad de la empresa mientras se desarrolla el procedimiento. El administrador (*trustee*) nombrado por el juez, puede recuperar bienes, en los casos determinados por la Ley, revocando todas las operaciones realizadas un año antes de la declaración de quiebra, en perjuicio de la masa activa, así como restituir los que no pertenezcan al deudor, con el fin de fijar el conjunto de bienes que componen la masa activa. Igualmente el administrador tiene derecho, en un plazo de 60 días desde la declaración, a continuar o no los contratos en curso¹²³.

Los órganos del procedimiento, en la vía liquidativa, son el juez de la quiebra, el administrador y el comité de acreedores. En la vía conservativa (Reorganization), además del juez, el Ministerio de Justicia, a solicitud del órgano judicial, podrá designar un *trustee* (administrador), el cual sustituirá al deudor en determinados actos de administración, constituyéndose por el juez en esta vía, juntamente con el comité de acreedores –si lo

¹²¹ PULGAR, J., *El Presupuesto objetivo...* o.c., pp. 431 ss.,

¹²² ALVARADO, D., “La reorganización empresarial...”, art., cit., p. 11.

¹²³ BOTTERINI DE PELOSI, F., » Stati Uniti... », art. cit. en PAJARDI-BOCCHIOLA, *Il fallimento...*, o.c., pp. 925-926. Respecto a los contratos necesarios para continuar la actividad –si, por ejemplo, en la liquidación se vende la empresa en funcionamiento-, los acreedores, suministradores de servicios necesarios para la actividad –gas, agua, electricidad, teléfono- no pueden cancelar incondicionalmente el servicio. Sin embargo, el Administrador tiene 20 días para garantizar adecuadamente el pago del servicio prestado; de lo contrario, cabe rescindir el contrato de suministro.

considera necesario-, otro de accionistas e incluso de acreedores no garantizados¹²⁴. La función del juez, en ambas vías, consiste en decidir sobre la declaración de apertura del procedimiento, la admisión de la masa activa, así como sobre su venta, liquidación y distribución de los bienes o el producto de la venta. El administrador, en el procedimiento de liquidación, será el encargado de elaborar el inventario de bienes, la relación de acreedores, así como de llevar a cabo la liquidación y venta de la masa activa y su distribución a los acreedores. La sociedad deudora, en el procedimiento del Capítulo 7 (*Liquidation*) cede al administrador la posesión de los bienes -lo que no ocurre en la *Reorganization*-, necesitando, como ya hemos indicado, permiso del juez para llevar a cabo su venta¹²⁵. De todas formas, aun cuando alguna de las partes interesadas se oponga al planteamiento de venta elaborado por el administrador, el juez normalmente concederá su autorización ya que la autoridad judicial es muy renuente a sustituir su propio criterio por el del administrador, sobre la oportunidad económica de la venta. El comité de acreedores es el órgano consultivo del administrador en la liquidación. Puede, entre otras funciones, oponerse a la demanda de paralización de la venta de los bienes, interviniendo también en las investigaciones sobre la conducta de la deudora, su situación patrimonial o la oportunidad de continuar la actividad de la empresa¹²⁶.

En el procedimiento de *Reorganization*, inmediatamente después de su apertura y en un plazo de 120 días, se inicia la elaboración de un plan destinado a la conservación de la empresa; la entidad deudora, en exclusiva, será la proponente del plan –caso de no haberse nombrado *trustee*-, si el proceso se inició mediante su solicitud (*voluntary petition*), teniendo generalmente hasta 180 días de plazo desde su apertura para obtener la aceptación de acreedores y accionistas. Si se hubiera nombrado *trustee*, que sustituya en sus funciones a la deudora o hubiera vencido el plazo de exclusividad sin que éste

¹²⁴ Vid. ALVARADO, D., “La reorganización empresarial...”, art. cit., p. 12. La entidad deudora, en el procedimiento de reorganización, continúa manteniendo la posesión, gestión y administración de sus bienes (*debtor in possession*). Sólo en situaciones muy calificadas, enumeradas en la sección 1104 del Capítulo 11, se designará un *trustee* (administrador judicial), que sustituirá a la deudora en todo aquello para lo que resulte habilitado por la norma.

¹²⁵ BOTTERINI DE PELOSI, F., *Stati Uniti...* art. cit. en PAJARDI-BOCCHIOLA, « *Il fallimento ...* », o.c., pp. 919 y 925.

¹²⁶ BOTTERINI DE PELOSI, F., *Stati Uniti...*, art. cit. en PAJARDI-BOCCHIOLA, « *Il fallimento...* », o.c., p. 920.

presentase el plan, podrá hacerlo cualquier legitimado, bien sea el *trustee*, el comité de acreedores, de accionistas o incluso la propia deudora.

El plan contendrá una clasificación de acreedores, agrupándolos –a juicio del proponente– según sus distintos derechos de crédito (acreedores ordinarios, garantizados, obligacionistas, accionistas), procurando además que exista entre ellos una semejanza sustancial¹²⁷.

El contenido material del plan deberá obligatoriamente dar solución al pago de la masa pasiva, así como lograr la conservación de la empresa. El cumplimiento del primer objetivo se lleva a cabo mediante la quita y/o espera que se proponga sobre los créditos de los acreedores, así como mediante la participación de cada uno de los grupos en la sociedad reorganizada, debiendo cuidar especialmente la no discriminación tanto entre grupos, como entre sus componentes¹²⁸.

La conservación de la empresa, dentro del contenido obligatorio del plan, se articula a través de un abanico de medidas reorganizativas, tales como la prohibición de enajenar todos sus bienes o los necesarios para continuar la actividad, la fusión con una entidad saneada o constituyendo una o varias sociedades a las que se aporte todo o parte del activo a reorganizar, con la contrapartida de la suscripción de títulos por los sujetos legitimados (fundamentalmente el colectivo de acreedores), convirtiendo, en todo o en parte, sus créditos en acciones. Cabe también, como medida de conservación, la venta de la empresa, de alguna de sus ramas de actividad y, en el caso de acreedores garantizados, incluso la distribución entre ellos de los bienes afectos¹²⁹.

¹²⁷ En la práctica, el proponente procurará constituir grupos de tal forma que se asegure, siempre que sea posible, la aprobación del plan, ya que para ello bastará con la aceptación, cuando menos de una categoría de deudas, siempre que se cumplan unos requisitos que más adelante se exponen. DE LA MADRID, E., “Ley de Quiebras de los Estados Unidos de América”, en *Análisis de Derecho Comparado en materia concursal de cinco legislaciones*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n° 95; www.juridicas.unam.mx, p. 8.

¹²⁸ Vid. ALVARADO, D., “La reorganización empresarial...”, art. cit., p. 13.

¹²⁹ Este elenco de soluciones recuerda al contenido de la propuesta de convenio de nuestra LC (art. 100. 2, 3 y 5), salvo en lo que se refiere a la cesión de bienes a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, solución prohibida para el convenio en el apartado 3 del mencionado artículo.

Propuesto el plan a los acreedores, deberá ser aprobado por los distintos grupos de acreedores ordinarios y, en su caso, obligacionistas y accionistas¹³⁰, si bien bastaría con que el plan fuera aprobado por un grupo de acreedores, siempre que “todos los acreedores, indistintamente de la categoría a la cual pertenezcan, reciban o mantengan derechos de cobro cuyo valor no sea menor al que recibirían o mantendrían en caso de que la empresa fuera liquidada”¹³¹.

El plan deberá ser homologado por el juez, el cual tendrá que verificar, antes de adoptar cualquier decisión, el trato que se ha dado a cada parte del proceso, así como el cumplimiento del contenido obligatorio dispuesto por la Ley y la debida protección de quienes se opusieron al plan, de acuerdo con el criterio expuesto en el párrafo precedente¹³². Asimismo el órgano judicial deberá comprobar la viabilidad del plan de reorganización, analizando si existe capacidad para llevarlo a cabo y si son reales las perspectivas de recuperar la solvencia finalizado el proceso reorganizativo¹³³. Finalmente, la *Reorganization* terminará favorablemente con la homologación del plan, procediéndose a su posterior ejecución; pero, ante la imposibilidad de lograr la finalidad pretendida, o en caso de fraude o revocación de la homologación del plan, es posible convertir la reorganización del *Chapter 11* en un procedimiento de liquidación (*Chapter 7*). Esta conversión puede llevarse a cabo por la propia entidad deudora si no solicitó la apertura del procedimiento (en caso de *involuntary petition*).¹³⁴

¹³⁰ Para su aprobación por los grupos de acreedores habilitados (no se requiere el consentimiento expreso de los acreedores garantizados) se precisa, al menos, el voto favorable de las 2/3 partes del importe de los créditos y la mitad del número de créditos reconocidos que integren cada grupo. Para su aprobación por los grupos de obligacionistas y accionistas basta con que lo acepten los 2/3 del importe de las deudas reconocidas en cada grupo o del total de accionistas. Vid. ALVARADO, D., “La reorganización empresarial...”, art. cit., p. 13.

¹³¹ DE LA MADRID, E., “Ley de Quiebras...”, art. cit., p.8.

¹³² El juez puede imponer el plan a las categorías disidentes, siempre que, y en primer lugar, –en caso de acreedores garantizados- conserven la garantía sobre la propiedad del bien, tanto si es el deudor su titular como si es un tercero, al haber sido transmitido. Además, si se vende el bien, el acreedor debe recibir, durante la vigencia del plan, por lo menos el valor que en él fue reconocido. Si se trata de acreedores no garantizados, deberán recibir, durante la ejecución del plan, un valor igual al de los créditos que les fueron reconocidos o bien, si ello no ocurre, que” los acreedores de menor jerarquía a la de los acreedores disidentes, no deberán recibir ningún pago”. DE LA MADRID, E., “Ley de quiebras...”, art. cit., pp. 8 y 9.

¹³³ Vid. ALVARADO, D., “La organización empresarial...”, art. cit., p. 14.

¹³⁴ PULGAR, J., *El Presupuesto Objetivo...*, o.c., p. 441. La conversión de la vía conservativa en liquidativa puede solicitarse por el *trustee*, en el caso de haber sido nombrado, y por el Tribunal en aquellos casos en los que se desprenda de los autos la imposibilidad de continuar con la ejecución del plan. Si existiera fraude por

Apuntamos finalmente una posibilidad que comporta liquidación y reorganización; es la referente a entidades en disolución, que solicitando la apertura del proceso bajo el Capítulo 11, procedan no a una reorganización en sentido estricto, –ya que no sería factible por estar en proceso de disolución- sino a una liquidación de deudas, sobre todo si es posible aumentar la recuperación de activos. El procedimiento de reorganización serviría no para continuar la actividad empresarial sino con fines liquidativos, a fin de obtener un aplazamiento en el pago, con o sin reducción del importe de las deudas, mediante un plan que ayudase a satisfacerlas de una manera más eficiente.¹³⁵

1.4 La liquidación concursal de la empresa en el Derecho español a partir de la Codificación

4.1 Código de Comercio de 1829 (30 de mayo)¹³⁶

En el Libro IV –“de las Quiebras”- se regulaba el instituto de la quiebra y los convenios solutorios, incluidos dentro de la quiebra, como solución a ésta. El presupuesto subjetivo de la quiebra era el comerciante. No se aplicaba al deudor común sino a todo comerciante, individual o colectivo constituido o no en sociedad. Los preceptos sobre la materia se referían a sociedades colectivas¹³⁷, sin mencionar todavía las sociedades con limitación de responsabilidad (sociedades de capital).

parte del deudor en el proceso de reorganización, el órgano judicial revocará el plan y tomará las medidas necesarias para que tal actuación sea sancionada. Vid ALVARADO, D., “La reorganización empresarial...”, art.cit., p. 14.

¹³⁵ Vid. ALVARADO, D., “La reorganización empresarial...”, art. cit., pp. 10 y 11.

¹³⁶ Las Ordenanzas de Málaga de 1825 contenían un completo tratamiento de la quiebra, aunque no llegaron a estar vigentes, ya que el CCo. 1829 derogó todas las Ordenanzas Consulares del Reino. Trataba de armonizar nuestro tradicional Derecho de quiebras con las tendencias manifestadas por el CCo francés de 1807, utilizando la cesación de pagos para designar una situación de fondo que trasciende del plano de los hechos, para tipificar una situación de fondo, lo que probablemente ha sido la base de muchas de las contradicciones que caracterizaron nuestro Derecho concursal tanto el contenido en el CCo 1829 como en el de 1885.

¹³⁷ A mediados de siglo se dictan leyes para quiebras especiales (Los orígenes de la Bolsa de Madrid de 8-febrero-1854, sobre quiebra de Agentes de Bolsa y Corredores de Comercio y la Ley de 12-noviembre-1869, sobre quiebra de las Compañías ferroviarias).

El procedimiento era preponderantemente de carácter privado, en interés de los acreedores, y marcadamente judicial. Los acreedores, a través de los síndicos intervenían en funciones de administración de los bienes, cobrar créditos de la masa, determinar su activo y promover la venta de los bienes de la quiebra, si bien sería el Juez quien determinase el precio mínimo de venta.

La solicitud de la quiebra podía efectuarse por el propio deudor, uno o varios acreedores legítimos, pero nunca de oficio. El comerciante estaba obligado a presentar solicitud de quiebra ante el Juez dentro de los tres días siguientes a la cesación de pagos. Su incumplimiento sería calificado como quiebra culpable, con las graves consecuencias que comportaba. El procedimiento giraba en torno al Juez y a los Síndicos de los acreedores. Funciones principales de los Síndicos eran la administración de los bienes de la quiebra, la defensa de todos los derechos que le correspondían, así como la venta de los bienes que constituían su activo.

El procedimiento no acababa indefectiblemente en liquidación. El comerciante en suspensión de pagos o cuya insolvencia se hubiera calificado como fortuita, podía presentar proposiciones de convenio solicitando del Juez la convocatoria de Junta de acreedores para su deliberación. Si el pacto convenido era solamente de espera en el pago de las deudas -lo que ocurriría en el caso de suspensión de pagos- se sobreseía el expediente¹³⁸. Si el convenio aprobado implicaba quita, al quebrado se le reponía en la administración de sus bienes y de su actividad, si bien bajo el control de un acreedor en funciones de interventor, nombrado por la Junta de acreedores, hasta el cumplimiento de los pactos. Si el procedimiento continuaba con la liquidación de los bienes, los Síndicos proponían al Comisario su venta, siendo el Juez finalmente quien determinaba lo procedente, fijando el precio mínimo de venta. Debemos señalar, como particularidad, la imposibilidad, bajo pena de nulidad, de la venta de inmuebles, incluso muebles, por otro procedimiento que no fuera la subasta pública. Para terminar esta breve exposición,

¹³⁸ Esta clase de quiebra no es sino un convenio preventivo. Representa una particularidad respecto a otros ordenamientos de Derecho comparado, en los que esta quiebra no se configura. PULGAR, J., *El Presupuesto Objetivo...*, o.c., pp. 565 ss.

indicaremos que los Síndicos no podían comprar, para sí ni para otra persona, bienes de la quiebra, bajo pena de confiscación.

4.2 Código de Comercio de 1885 (22 de agosto).

En su Libro Cuarto, Título I se trataba de la suspensión de pagos y de la quiebra. En los primeros artículos –reformados en 1897- se regulaba la suspensión de pagos del comerciante solvente –incluyéndose expresamente sociedades y empresas-, pero necesitado de una espera en el pago de sus deudas; esta regulación fue sustituida por la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, aplicable a comerciantes y sociedades mercantiles, con excepción de las Compañías Ferroviarias y de otras Obras Públicas. Es de resaltar, como primera particularidad, la regulación de la suspensión de pagos como procedimiento autónomo y alternativo de la quiebra, permaneciendo inalterado este último procedimiento. Existía, además, una dispersión legislativa –en lo que atañe al procedimiento- aplicable a los institutos concursales, que dificultaba la correcta interpretación y, en consecuencia, la recta aplicación de los preceptos. La LEC de 1881, que ocupaba el primer lugar en el orden de fuentes procesales, tomaba como referencia el orden jurídico material del C. Co. de 1829, debiéndose por tanto analizar qué preceptos del C. Co. de 1885 sustituían a los del Código de 1829. En segundo término, resultaban aplicables los preceptos de carácter adjetivo del C. Co. de 1829 no derogados por el de 1885. Finalmente eran aplicables las normas de Derecho Civil, como supletorio en materia concursal mercantil, en base al art. 1319 LEC, confirmatorio del orden de fuentes, contenido en el art. 2 del C. Co. de 1885.¹³⁹

Se regulaban, además de la quiebra, convenios solutorios, insertos dentro del procedimiento, de tal forma que el incumplimiento de lo convenido provocaba, a petición de los acreedores, además de su rescisión, la continuación de la quiebra. Aunque se seguían diferenciando distintas clases de quiebra (art. 886), no se incluía ya la suspensión de pagos como tal, omitiéndose también como clase específica, el alzamiento de bienes,

¹³⁹ PULGAR, J., *El Presupuesto Objetivo...*, o.c., pp. 787 a 867 (comprobar).

mediante su integración en la quiebra fraudulenta (art. 890,1). Las consecuencias de su calificación son exclusivamente de orden penal. La quiebra culpable y la fraudulenta constituían delitos, perseguibles por los acreedores, aunque la calificación para exigir al deudor la responsabilidad criminal se hacía siempre en ramo separado. El quebrado fraudulento no tenía derecho a pactar un convenio (art. 898) ni, por otra parte, podría ser rehabilitado (art. 920), pesando siempre sobre él las interdicciones legales que llevaba consigo la declaración de quiebra (art. 922).

Si bien el sujeto pasivo de la quiebra seguía siendo el comerciante, se engloba ya, en su denominación, también a las sociedades mercantiles. Por primera vez en nuestra legislación concursal aparecían disposiciones específicas relativas a la quiebra de las sociedades mercantiles, aunque en su mayor parte con referencia a aspectos de las sociedades personalistas. Con anterioridad, se habían recogido en una Ley (12 de noviembre de 1869), normas sobre quiebras de las Compañías de FFCC y demás Obras Públicas, pero de forma restrictiva y por consideración a su carácter público. El presupuesto objetivo para la apertura de la quiebra era el sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones, por parte del quebrado (art. 874)¹⁴⁰. Podía solicitarse la quiebra por el propio deudor-empresario. Aunque tenía esa facultad, no estaba obligado a ejercerla, si bien resultaba coaccionado —con la calificación como quebrado culpable— si no lo hacía cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación no satisfecha (art. 889,2º)¹⁴¹. Si la solicitud se efectuaba a instancia de acreedor (art. 876), aún sin mandamiento de embargo,¹⁴² debía éste justificar su título de crédito sin otra mención adicional, ya que la norma no le exigía ya, como ocurría en el C. Co. de 1829, que el

¹⁴⁰ ROJO, A- BELTRÁN, E., *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Civitas 2004, p.3359. Aunque según se desprende del art. 886, hay una equiparación entre quiebra e insolvencia, el sistema legal, inspirado en el francés, centró en el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones (cesación de pagos) el concepto de quiebra. Sin embargo, el sobreseimiento en los pagos era un indicio o manifestación externa del verdadero fundamento de la quiebra, que residía en la insolvencia (incapacidad permanente de un patrimonio para pagar todas las deudas que sobre él pesan).

¹⁴¹ Sin embargo, hay jurisprudencia que no da valor a esa coacción, ya que la declaración de quiebra culpable está subordinada a la conducta negligente del comerciante, que omitió solicitarla pasadas 48 horas del vencimiento de una obligación no satisfecha, inciso recogido en el art. 871,2º, pero suprimido por Ley de 10 de junio de 1897; por ello, debe entenderse que queda también suprimida la culpabilidad de la quiebra por ese motivo (STS 9 octubre 1929).

¹⁴² Era necesario que la solicitud se fundase en título por el que se hubiera despachado mandamiento de ejecución o apremio y que del embargo no resultaren bienes libres suficientes para el pago.

derecho procediese de obligaciones mercantiles, ni tampoco que el título tuviera fuerza ejecutiva. Se exigía, sin embargo, que el empresario hubiera sobreseído de manera general el pago corriente de sus obligaciones o que no hubiera presentado en plazo proposición de convenio, en el caso de suspensión de pagos.¹⁴³

En el procedimiento concursal de la quiebra del C. Co. 1885 los acreedores siguen siendo una pieza importante: el órgano administrativo de la quiebra –los Síndicos- eran nombrados por la Junta de acreedores, con amplias facultades de gestión y de administración de los bienes del deudor inhabilitado al declararse la quiebra. La Junta, como órgano deliberante y de manifestación de la voluntad de los acreedores, aprobaba las cuentas de la sindicatura, así como, en su caso, el convenio que pudiera acordarse con el quebrado. Con relación a la liquidación de los bienes de la quiebra los Síndicos procuraban su venta con sujeción al procedimiento establecido en la LEC 1881 (art. 1358), que se remitía sustancialmente a los artículos 1084 a 1088 del C. Co. de 1829. Los Síndicos estaban facultados para promover la enajenación de los bienes del deudor, en el momento que considerasen más oportuno, tratando de conseguir la mayor ventaja para los intereses de la quiebra. En el Código de 1829, los Síndicos proponían al Comisario la venta de los bienes, siendo el Juez quien determinaba lo conveniente, fijando precios mínimos de venta y el tiempo de su realización, dejando al Comisario la regulación de los

¹⁴³ La doctrina, de manera generalizada, consideraba que si bien el sobreseimiento o cesación general de pagos cabía tipificarlo como insolvencia definitiva, es decir la imposibilidad del quebrado para satisfacer todas sus deudas al ser el pasivo superior al activo, no por ello era posible concluir que sin insolvencia definitiva no podía haber quiebra. El Tribunal Supremo había declarado procedente la apertura de la quiebra por la existencia de cesación general de pagos, sin entrar a considerar la situación económica del quebrado. De todas formas, el Juez gozaba de un amplio poder de apreciación, al no existir una definición legal de sobreseimiento en los pagos. Vid. URÍA, R., *Derecho mercantil*, 19ª edición, Marcial Pons, Madrid 1992, p. 1971. PULGAR mantiene una opinión contraria, al considerar que el presupuesto objetivo de la quiebra parece que lo constituía una situación económica de fondo, de la cual sus manifestaciones externas eran los hechos legalmente previstos por el legislador. El sobreseimiento era una manifestación externa de la quiebra, siendo la insolvencia su presupuesto. PULGAR, J., *El presupuesto objetivo...*, o.c., p. 772.

De todas formas, el sobreseimiento habrá de ser no esporádico, simple o aislado, sino definitivo, general y completo (STS. 4 junio 1929) , pues una cosa es el sobreseimiento y otra muy distinta la incursión en mora, reveladora de simples dificultades de momento (STS 29 diciembre 1927), no bastando cesar circunstancialmente en los pagos, sino que se requería la existencia de imposibilidad de efectuarlos (STS 27 febrero 1965). En la comprobación del presupuesto objetivo de la quiebra, si el deudor se oponía a su declaración, debería demostrar, según una parte de la doctrina, la existencia de una positiva situación económica de fondo, aunque para otros autores, el deudor se limitaría a demostrar, en el caso del sobreseimiento, que se hallaba al corriente de los pagos.

mismos, salvo el procedimiento de venta de los bienes inmuebles, que se haría exclusivamente en pública subasta, previo justiprecio de los mismos por peritos nombrados por los Síndicos y el quebrado¹⁴⁴. Por lo que se refiere a los convenios de las Sociedades de capital en quiebra, se aplicaban las normas generales (arts. 898-907), con las siguientes excepciones recogidas en las Disposiciones expresamente dictadas para la quiebra de esas Sociedades. 1ª. Las disposiciones de convenio podrían presentarse a los acreedores en cualquier estado del procedimiento de quiebra y no una vez terminado el reconocimiento de créditos y hecha la calificación de la quiebra (art. 929), como sin embargo dispone el art. 898 para los empresarios en general. 2ª. El convenio en la quiebra de Sociedades Anónimas que no se hallen en liquidación –disueltas y antes de ser liquidadas- podría tener por objeto, además de la quita y/o espera, la continuación o el traspaso de la empresa (art. 928). Sin embargo, y salvo la posibilidad de llegar a una solución convenida entre deudor y acreedores, no cabía hablar del traspaso o de la continuidad de la empresa, impulsada por la sindicatura de la quiebra, como solución legal en fase de liquidación de las Sociedades Anónimas. Y esto ocurría no sólo en nuestro país, sino también –por citar algunos- en las legislaciones concursales de Francia, Italia e Inglaterra. En la década de los 30 –ya en el siglo XX- , y como consecuencia de las funestas consecuencias acaecidas tras la crisis bursátil de 1929, que desembocó en una depresión sin precedentes, cristaliza en Estados Unidos, como anteriormente hemos analizado, una concepción que tiende no tanto a liquidar la empresa sino a reestructurarla,

¹⁴⁴ Un medio de eludir la aplicación de las normas sobre venta judicial forzosa eran los convenios liquidatorios entre el quebrado y sus acreedores, bajo el sistema de libertad de pactos del art. 898 del C.Co. de 1885 y del art. 14 de la Ley de Suspensión de pagos de 1922. Mediante la **datio pro solvendo** se obtenía la realización de la masa activa, con un procedimiento más ágil y que, en principio, aseguraba mejores posibilidades de venta de los bienes que la subasta, en el procedimiento de apremio.

Con la **datio pro soluto** se conseguía la continuidad de la actividad empresarial para llevar a cabo la satisfacción de los créditos de los acreedores. El art. 928 del C.Co. de 1885 permitía el convenio para la continuación o traspaso de la empresa, en la quiebra de las Sociedades Anónimas que no se hallaren en liquidación. La transmisión de la empresa mediante este convenio se llevaba a cabo no por un precio alzado, sino a cambio del mantenimiento de la unidad empresarial, con el fin de darle continuidad a su actividad y satisfacer a los acreedores con los flujos monetarios que se fuesen obteniendo, sustituyendo la liquidación concursal por la transmisión en bloque del activo y el pasivo. Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Contenido de la propuesta de convenio”, en AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*, dirs. ALONSO UREBA, A, PULGAR EZQUERRA, J., ALCOVER GARAU, G., ALONSO LEDESMA, C., Tomo I, Edit. Dykinson 2003, pp. 974-1047.

procurándole viabilidad mediante propuestas de los acreedores, cuya aprobación concernía a los órganos judiciales y gubernativos¹⁴⁵.

4.3 La liquidación concursal de la empresa en España en los Anteproyectos de Ley Concursal

Anteproyecto de Ley Concursal de 1959

Que la quiebra es una defensa contra la insolvencia y no contra el incumplimiento, no aparecía con demasiada claridad en el C.Co. 1885. Sin embargo, en este Anteproyecto se recoge como objeto del concurso la satisfacción de los acreedores en los casos de insolvencia (art.1º). La cesación de pagos, como efecto principal de la insolvencia y los hechos legales, tasados en su art. 2º, como indicios de insolvencia, serán el presupuesto objetivo de apertura del concurso, sin que quepa ningún otro hecho distinto de los previstos en la Ley , salvo la solicitud presentada por el deudor. La declaración de concurso se extiende –en cuanto a su presupuesto subjetivo- a deudores de cualquier clase, aplicándose el criterio tanto a personas físicas como jurídicas; pierden exclusividad los comerciantes, ocupando ya un lugar significativo el concurso de sociedades, al que el ALC dedica el Título VII (arts. 121-129), aunque recoge de manera relevante disposiciones sobre sociedades personalistas. La solicitud del deudor en el concurso voluntario, como ya hemos indicado, constituye manifestación externa de insolvencia, la cual, por sí sola, es causa suficiente para la declaración de quiebra. En el caso de sociedades, sólo podrán solicitar el concurso aquellas que posean personalidad jurídica. Las sociedades sin personalidad no pueden ser declaradas en concurso; su insolvencia determina el concurso de los socios que la integran (art. 121). La solicitud de concurso voluntario precisará del previo acuerdo de los socios, adoptado conforme a lo dispuesto en cada caso por la Ley o los estatutos sociales (art. 123). Remachando este criterio, en el art.

¹⁴⁵ MANZANO CEJUDO, M.A., “La liquidación”, en AAVV, dirs. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.,- SÁNCHEZ ALVAREZ, M.Mª., *Comentarios a la Ley Concursal*, Edit. Marcial Pons, Madrid 2004, p. 626. Cita a la *Chandler Act* de 1938, *Chapter X*, hoy contenida en el *Chapter XI* del *Bankruptcy Code* de 1978.

129 se indica –refiriéndose al convenio- que los representantes legales de las sociedades concursadas, previo acuerdo de los socios podrán presentar proposición de convenio.

La apertura del concurso, mediante la declaración judicial, conduce indefectiblemente a la liquidación. El convenio¹⁴⁶ es una posibilidad que paraliza la liquidación, llegando a ser una vía de liquidación si el deudor cumple lo convenido. En caso contrario, cualquier acreedor puede pedir la resolución del convenio y la continuación del concurso, hasta la liquidación de los bienes del deudor (art. 116). Los acreedores, en el ALC, continúan teniendo especial significación: su satisfacción es el objeto del concurso; la Junta de acreedores ratifica o designa a los Síndicos; delibera sobre la continuación o no de la actividad mercantil (art. 201); delibera igualmente sobre el proyecto de liquidación (art. 210) e incluso sobre si las enajenaciones de los bienes han de hacerse judicial o extrajudicialmente (art. 211). Pieza importante del tratamiento de la liquidación de bienes radica en la separación de empresario y empresa-ligada indisolublemente al empresario hasta entonces-. Los planes o proyectos de liquidación comienzan a configurarse cuando se toma conciencia del concepto de empresa, como un todo unitario, objeto de enajenación como tal y no sólo por cada uno de sus elementos. Si a la percepción del mayor precio que puede conseguirse en una liquidación global, se une la filosofía conservativa de la misma, siempre que sea viable, tendremos los parámetros fundamentales que indujeron a los distintos redactores a procurar un Plan de liquidación mediante el cual se armonizasen esos objetivos, programándose la forma y los medios de actuación para conseguirlos, criterio que cristalizará definitivamente en nuestra LC.

Este ALC incluye, como novedad, la redacción de un Proyecto de liquidación por los Síndicos, sometido a la aprobación de la Junta de acreedores y, finalmente, a su homologación por el Juez (art. 75). La finalidad del Proyecto era clara: se trataba de evitar la disgregación y los perjuicios económicos de liquidaciones fragmentarias y, a la vez,

¹⁴⁶ En cualquier estado del juicio, terminado el reconocimiento de créditos y hecha la calificación de los mismos, concursado y acreedores podrán celebrar los convenios que estimen oportunos (art. 105). No pueden proponerlo: el calificado de insolvencia culpable (art. 102), la sociedad sin personalidad jurídica (art. 121), la sociedad en estado de liquidación (art. 124), ni los condenados en juicio criminal por alzamiento de bienes (art. 132). Vid. ROJO, A.,-BELTRÁN, E., *Comentarios...*, o.c., Tomo II, pp. 3357-3410.

someter esas operaciones a un “meditado plan”, que disipase en lo posible los efectos perjudiciales que la realización de un patrimonio venía produciendo¹⁴⁷.

Proyectando esa filosofía en la empresa se propugna, en la Exposición de Motivos,” la enajenación de la empresa como un todo”, concebida como “unidad económica”, de carácter mercantil, industrial o agrícola, con el fin de impedir la perjudicial disgregación de los elementos de la empresa y asegurar, en lo posible, su continuación. Este principio se recoge en el art. 77 del Anteproyecto, añadiendo que “su venta por precio alzado comprenderá la de cada uno de los elementos que la compongan”. En tal caso se aplicará lo prevenido en el art. 1532 del C.c. (referente a la responsabilidad por el todo en la venta global, pero no al saneamiento de cada parte). Cuando no fuera posible o conveniente la enajenación de la empresa, según el prudente arbitrio del Juez, se procederá a la enajenación aislada de sus elementos componentes. El Proyecto de liquidación (también denominado ya Plan de liquidación en el art. 210) expresará: la forma, modalidades y plazos en que haya de enajenarse cada uno de los bienes del concurso o los lotes que con ellos puedan formarse y un precio, con carácter de mínimo, a obtener. Finalmente, y en previsión de que el Proyecto no se aprobase, se arbitraban unas normas que, coactivamente y con “carácter supletorio”, detallaban el procedimiento para liquidar los bienes, según la naturaleza de cada uno (arts. 76 ss.).

Es preciso destacar la percepción de los autores de este Anteproyecto –más de 40 años antes de la aprobación de la LC vigente- respecto a las líneas maestras de la liquidación del activo del deudor y, en particular, lo que se refiere a la enajenación de la empresa como un todo y a la formulación de un Proyecto, también llamado Plan de liquidación, en el que se recogen los criterios básicos de actuación, así como, incluso, el precio mínimo, por debajo del cual no cabe llevar a cabo la enajenación de la empresa o de los bienes que conforman el patrimonio del deudor concursado. Salvo la preceptiva aprobación del Plan por los acreedores constituidos en Junta, previa a su homologación judicial, y la falta de

¹⁴⁷ BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, en ROJO-BELTRÁN, *Comentarios...*, o.c., Tomo II, pp. 2357 ss. Recoge una sinopsis de todos los Anteproyectos, Proyectos, Informes y Dictámenes Oficiales hasta el Proyecto de 23-07-2002.

mención al informe de los representantes de los trabajadores, propuestas del deudor y cumplimiento de la normativa laboral en cuestiones de extinción, suspensión o modificación de las relaciones laborales, además del decidido apoyo que se dará a la continuidad de los puestos de trabajo, aparecen recogidos, en esencia, los principios fundamentales en que se basarán el Plan de liquidación y las Reglas legales supletorias de la regulación concursal vigente.

Anteproyecto de Ley Concursal de 27 junio 1983

La finalidad básica del concurso, recogida en la Exposición de Motivos de este Anteproyecto, ya no va a ser la liquidación, sino la conservación del patrimonio del deudor, con las modificaciones de estructura y de gestión que resulten necesarias para posibilitar su supervivencia. Se desea que el concurso acabe mediante convenio y sólo, en su defecto, si éste fracasa se abre la fase de liquidación. El fulcro del concurso no va a ser la insolvencia, sino la situación de crisis económica del deudor, consistente en un estado patrimonial que lesiona o amenaza gravemente los intereses de los acreedores en la satisfacción normal y ordenada de sus créditos. En síntesis: prima el convenio sobre la liquidación. La apertura de ésta sólo se llevará a cabo cuando no se logre o fracase el convenio, si bien continúa la satisfacción de los acreedores como interés prevalente del concurso. Por otra parte, la liquidación no es la única alternativa al convenio. Si la desaparición de la empresa puede dar lugar a aspectos negativos de especial importancia económica o social, la Junta de acreedores puede acordar y el Juez aprobar, con aquiescencia del deudor, la gestión controlada de su patrimonio, fundamentalmente empresarial.

Con relación a los órganos del concurso, en el ALC 1983 se amplía considerablemente la importancia del Juez. Va a ejercer su jurisdicción, con carácter exclusivo y excluyente, sobre el patrimonio del deudor, aumentándose los límites del arbitrio judicial en su facultad de aprobar o no, tanto por motivos de forma como de fondo, los acuerdos de la Junta de acreedores. Esta pierde gran parte de sus competencias tradicionales. La aprobación judicial será determinante para la vigencia del convenio, la

puesta en práctica del Plan de liquidación o del Plan de gestión controlada del patrimonio del deudor, si bien se requiera la aceptación previa de la Junta de acreedores. Incluso la Sindicatura será profesional, habilitada mediante inscripción en el Registro del M° de Justicia. El concurso se extiende a cualquier deudor. Las personas jurídicas pueden ser declaradas en concurso; también las empresas nacionales y demás personas de Derecho privado, con participación de entes públicos en su capital (art. 3). Incluso las sociedades irregulares pueden ser declaradas en concurso, correspondiendo su representación a quienes, conforme a los pactos que rijan o de hecho, hayan actuado en nombre de aquéllas (art. 4).

La solicitud del concurso por el deudor, persona jurídica, podrá realizarse por quienes ostenten su representación conforme a derecho. Deberá acompañarse certificación del acuerdo de los socios –Junta General, Asamblea u órgano deliberante- por el que se aprueba su presentación, en caso de concurso voluntario. Sin embargo, no hará falta tal certificación cuando el representante de la entidad deudora estuviera obligado a solicitar la declaración de concurso (art. 12), como ocurrirá en caso de sobreseimiento de pagos en determinadas obligaciones (art. 9, 1º) o embargos por ejecuciones pendientes, que afectan de una manera general al patrimonio del deudor, desbalance, alzamiento de bienes o abandono del patrimonio (art. 9, 2º). Los acreedores deberán expresar en la solicitud de concurso, la existencia de algún hecho que revele una situación de crisis económica del deudor, tipificados taxativamente en el art. 9 del Anteproyecto.

La apertura de liquidación está supeditada a la vigencia o no de un convenio. Procederá su apertura cuando el deudor no presente propuesta de convenio o no haga suya alguna presentada por los acreedores; también si la Junta de acreedores no se constituye válidamente para su aprobación, no aprueba una propuesta por mayoría o ésta no obtiene la aprobación judicial y, finalmente, cuando el Juez declara incumplido el convenio. (art. 241). La resolución judicial de apertura recogerá la inhabilitación patrimonial del concursado y sus administradores, el vencimiento anticipado de todos sus créditos, el alzamiento de los embargos y paralización de las ejecuciones, así como su publicación por edictos (art. 242). Quince días después de la apertura de la liquidación (en los que cabe solicitar al Juez la gestión controlada del patrimonio del deudor) el Síndico deberá

presentar un Plan de liquidación del patrimonio del concursado para su refrendo por la Junta de acreedores, el cual, si se lleva a cabo, se someterá a aprobación judicial. En tal caso la liquidación de la masa activa deberá practicarse conforme a sus previsiones. En defecto de Plan, en todo o en parte, y con carácter supletorio, se estará a las normas legales establecidas (art. 244). Normas reguladas en los arts. 273 y ss. del Anteproyecto. Se continúa recogiendo la venta de unidades u organizaciones productivas de carácter agrícola, industrial o comercial del concursado, que se enajenarán como un todo, cuando se produzcan ofertas que permitan obtener un mayor valor que el correspondiente a la realización aislada de sus elementos componentes (art. 273); las ofertas se someterán a la aprobación judicial, así como la forma de llevar a cabo las transmisiones que se efectúen¹⁴⁸.

Llama la atención la mención explícita al valor de realización de la empresa como un todo, en comparación con el valor por separado de sus componentes. Es un paso tímido, pero importante, en la línea de procurar la mayor satisfacción de los acreedores. La comparación de valores implica una valoración previa de la empresa como un todo y una toma de postura en base a razones técnicas de tasación. Y decimos que el paso dado lo consideramos tímido, porque un valor de realización de la empresa, aún superior al de sus componentes aislados, puede ser inferior a su precio real de mercado. De todos modos, introduce el concepto de valor, lo cual, a nuestro juicio, es un avance de consideración en el proceso liquidatorio.

Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 diciembre 1995

En esta Propuesta de Anteproyecto se introducen importantes modificaciones respecto al ALC de 1983. La finalidad principal del concurso sigue siendo la satisfacción de los

¹⁴⁸ Sólo si no existiera oferta alguna para la adquisición de las unidades u organizaciones productivas del concursado o si las ofertas no se aprobasen, se procederá a la realización por separado de los bienes de la deudora (art. 274). En caso de ser aconsejable por el valor o la especial significación económica de los bienes inmuebles, bienes muebles y derechos de particular importancia, se enajenarán conforme a las reglas particulares de liquidación que el Juez apruebe a propuesta del Síndico e informe favorable de la Comisión Delegada de acreedores (art. 275). En su defecto, se aplicarán las disposiciones reguladoras del procedimiento judicial de apremio (art. 276).

acreedores, ofreciendo la posibilidad de llegar a un convenio de continuación –cualquiera que haya sido la conducta del deudor-. El convenio y la liquidación son las soluciones del concurso, pudiendo el deudor elegir ambas soluciones. Por primera vez, se hace mención expresa a la posibilidad de petición de liquidación por el deudor, juntamente con la solicitud de declaración judicial del concurso (art. 182). Aunque la declaración siga recayendo en cualquier deudor, persona física o jurídica, la Propuesta de Anteproyecto participa de la constatación de que la mayoría de los sujetos del tráfico jurídico han adoptado la forma de sociedades mercantiles, con frecuencia integradas por grupos nacionales o multinacionales. Sirva como ejemplo, para la solicitud de concurso de sociedades de capital, la legitimación a los socios que sean titulares, al menos de un 5% del capital social (art. 4); la extensión de competencia para declarar el concurso de la sociedad dependiente, al Juez competente para la declaración concursal de la sociedad dominante (art. 9) o la competencia territorial de los Jueces especiales para la declaración de concurso del deudor con oficinas, establecimiento o explotación en territorio español (art. 258).

El presupuesto objetivo para la apertura del procedimiento radicará ahora en la insolvencia, la cual existe cuando el deudor se encuentra imposibilitado para hacer frente puntualmente a sus obligaciones, bien por insuficiencia de bienes propios bien por falta de crédito (art. 2). Hay presunción de insuficiencia de bienes propios en el caso de embargos por ejecuciones pendientes que afecten a la totalidad o a la mayor parte del patrimonio del deudor, presumiéndose la falta de crédito cuando el solicitante del concurso fuera titular de uno o más créditos vencidos, al menos 3 meses antes de la presentación de la solicitud (art. 3). El deudor está obligado a solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente de haber conocido o debido conocer la insuficiencia de medios propios. Deber que, en el caso de personas jurídicas, recaerá en cada uno de los administradores o liquidadores (art. 6). La solicitud voluntaria de concurso hecha por el deudor, por sí sola, se considera reconocimiento del estado de insolvencia (art. 5), sirviendo de base automáticamente para la declaración de apertura. Está legitimado para solicitar el concurso, en caso de persona jurídica, el deudor –aunque no se explicita si se alude a la

Junta de socios o a su órgano de administración- y también cualquiera de sus administradores o liquidadores (art. 4).

Por lo que se refiere a la declaración judicial de apertura del procedimiento de liquidación, además de por solicitud del propio deudor –hecha en la solicitud de la declaración de concurso o bien en la comparecencia previa (art. 182)- será ordenada por el Juez también en caso de falta de presentación o de aceptación de una propuesta de convenio; por falta de su aprobación judicial o, finalmente, en caso de incumplimiento del convenio. El auto ordenando la liquidación, contendría también la suspensión de la capacidad de obrar del deudor para la administración de sus bienes, nombramiento de los interventores como Síndicos¹⁴⁹ y la orden a éstos de proceder a la liquidación de la masa activa del deudor. Si el deudor fuera persona jurídica, la resolución deberá contener además la declaración de su disolución y el cese de los administradores (art. 183). Los Síndicos deberán presentar un Proyecto de liquidación¹⁵⁰ en el plazo de un mes -y no quince días como articula el ALC 1983- a la Comisión de acreedores, a contar desde la fecha de la resolución judicial ordenando la liquidación (art. 188). Comisión que es el órgano que lo aprueba (art. 188.2), ya que el Juez del concurso sólo conoce las reglas operativas para enajenar (art. 188.3) los bienes y derechos que integran la masa activa. No se trata expresamente la venta de la empresa en la normativa que regula el Proyecto de liquidación, dejándose a las Reglas Supletorias (art. 189) el configurar la enajenación como un todo de los establecimientos y las explotaciones del deudor. En este artículo se introduce una precisión a la dicotomía venta unitaria de la empresa-venta aislada de sus componentes, ya que se contempla la posibilidad de enajenar también unidades productivas¹⁵¹.

¹⁴⁹ La sindicatura será de composición plural: un jurista, un auditor de cuentas y un acreedor.

¹⁵⁰ El deudor puede presentar al Juez unas propuestas de convenio, acompañadas de un plan de continuación o de liquidación (art. 152), emitiendo los Síndicos un informe sobre la viabilidad de uno u otro. Entendemos que este Plan de liquidación debería, en su caso, servir de base para la elaboración del Proyecto de liquidación de los Síndicos. Hay que hacer notar, además, el retorno a la denominación de Proyecto, en lugar de Plan de liquidación.

¹⁵¹ En dicho artículo se estipula la venta de establecimientos y explotaciones, salvo que sea más conveniente su previa división o la realización aislada de sus componentes.

Destacar, por último, la regulación sobre cambios sustanciales en los contratos laborales. El Juez, a solicitud de los Síndicos, podrá acordar la extinción o suspensión colectiva de los contratos de trabajo, sin necesidad de seguir los trámites establecidos para la regulación de empleo, debiendo dar, en todo caso, audiencia a los representantes de los trabajadores y fijando, si acordase su extinción, la indemnización que corresponda a cada uno de los trabajadores (art. 73). Esta rapidez y flexibilidad se echará en falta en la regulación que de esta cuestión articulará la LC.

Anteproyecto de Ley Concursal de 17 noviembre de 2000

Entre las modificaciones recogidas en este Anteproyecto respecto a la Propuesta de 1995 hay que destacar el ascenso del convenio a solución normal del concurso, en detrimento de la liquidación, que pasa a ser solución subsidiaria. El ALC fomenta la solución concursal mediante convenio, a través de medios orientados a alcanzar la satisfacción de los acreedores mediante acuerdos. Además, y como novedad, cuando la solicitud de concurso la insta el deudor, se considera el reconocimiento de su estado de insolvencia, no sólo la actual sino también la inminente. Esta anticipación en el tiempo de la insolvencia se establece “a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial del deudor impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores”¹⁵². Importante es, igualmente, la disminución del peso que los acreedores tienen en el concurso, al desaparecer la Junta de acreedores (y su correlativa Comisión) como órgano permanente del concurso¹⁵³, lo cual había sido una constante en los distintos Anteproyectos. Intervendrán, en diversas fases de la liquidación, los acreedores, pero no como cuerpo colegiado, sino individualmente. Otras modificaciones que interesa resaltar son: la solicitud de apertura del concurso por el deudor, persona jurídica, se concreta ya su competencia en el órgano de administración y no en cualquiera de sus administradores, como ocurría en el ALC anterior. Además, el auto judicial de declaración de concurso, debe ya recoger, en su caso, la solicitud de liquidación hecha por el deudor. Otra variación

¹⁵² Exposición de Motivos, II.

¹⁵³ La Junta de acreedores ejerce sus funciones para la deliberación sobre propuestas de convenio. No se reúne, en ningún momento, en la fase de liquidación.

respecto al ALC 1995 radica en la imposibilidad de la cesión de bienes y derechos en pago o para pago de créditos, admitida en el Anteproyecto anterior.

Por lo que se refiere a la apertura de la fase de liquidación, el ALC separa la solicitud voluntaria de liquidación por parte del deudor de la necesaria, así como la facultad de solicitarla, concedida a los acreedores y la procedencia de oficio de su apertura. Por lo que respecta a la solicitud voluntaria efectuada por el deudor, el Anteproyecto se extiende en la consideración de los momentos procesales en que puede solicitarla, ampliando lo proyectado en el ALC 1995. Ya no se ordena la apertura de la fase liquidatoria por la petición del deudor solamente “en la solicitud de declaración judicial” (solicitud de concurso voluntario, según el art. 141 del ALC 2000), sino que cabe también su solicitud desde la declaración judicial de concurso hasta el fin del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores o, en su caso, una vez resueltas las impugnaciones, siempre que no hubiera presentado propuesta de convenio o bien, una vez presentada, se hubiera denegado su admisión a trámite; igualmente se posibilita la solicitud del deudor si no mantuviere la propuesta anticipada de convenio y dentro de los cinco días siguientes al de la presentación de una propuesta de convenio por los acreedores, sin haber presentado alguna el deudor. El Juez, en estos casos, pasados quince días desde la firmeza del inventario y la lista de acreedores, dictará auto poniendo fin a la fase del concurso, abriendo la fase de liquidación¹⁵⁴.

Por lo que se refiere al Plan de liquidación (denominado Proyecto de liquidación en la Propuesta de ALC de 1995) se reduce a quince días su presentación, pero contando no desde la fecha de resolución sino desde la notificación a los Administradores de la apertura de la fase liquidatoria: además, el Plan se someterá exclusivamente a la aprobación judicial, sustituyéndose la decisión de la Junta de acreedores por la posibilidad

¹⁵⁴ Tanto la redacción de la solicitud voluntaria de liquidación por el deudor, como su deber de pedir la liquidación (solicitud necesaria) y la posibilidad de solicitarla por cualquier acreedor, si acredita determinados hechos (art. 141 ALC 2000) e igualmente el contenido de los artículos sobre la apertura de oficio de la liquidación (art. 142), publicidad de su apertura (art. 1439, efectos de la liquidación sobre el concursado, los créditos concursales y efectos generales (arts. 144 a 146), fueron transcritos en el Proyecto de Ley Concursal prácticamente según el tenor literal de los recogidos en este ALC, salvo en su enumeración. Serán analizados al tratar de la LC.

de que deudor y acreedores formularan observaciones o propuestas de modificación, estableciendo un procedimiento específico. El Juez podrá, además, aprobar el Plan en los términos presentados, introducir modificaciones en función de las observaciones o propuestas formuladas o acordar la liquidación conforme a las Reglas legales supletorias. Al igual que en la Propuesta de ALC de 1995 no se recoge en la elaboración del Plan, la enajenación del patrimonio empresarial, dejando esa posibilidad a las reglas supletorias. Esa redacción pasó al Proyecto de Ley con la única especificación de que fuera en la Secretaría del Juzgado donde se pusiera de manifiesto el Plan.¹⁵⁵

Informes y Dictámenes sobre los Anteproyectos de Ley de 2001¹⁵⁶

El Informe del Consejo General del Poder Judicial (6 noviembre 2001), en las consideraciones generales sobre convenio y liquidación, después de indicar que el convenio es la actuación que permite, por regla general, la subsistencia de la empresa, añade, a continuación, que esta situación alternativa a la tradicional eliminación y liquidación de la empresa del deudor, sólo debe emplearse cuando aquélla cuente con “perspectivas razonables de viabilidad”, careciendo de sentido en caso contrario. Al tratar de la solicitud de liquidación por los acreedores –recogida en el art. 141,4 del ALC de 2001- donde se les obliga a acreditar “la existencia de algunos hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso”, el Informe pone de manifiesto que “esta cuestión ya se probó en el contradictorio que dio lugar a la declaración de concurso necesario, por lo que, en principio, no parece muy lógica la inclusión de esta previsión cuando, además, a estas alturas del procedimiento se conoce la situación económica del deudor”¹⁵⁷.

En el Informe del Consejo de Estado sobre el ALC 2001 (21 de marzo 2002) tiene particular interés –por lo que respecta a la incidencia de la extinción, suspensión y

¹⁵⁵ BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, en ROJO-BELTRÁN, *Comentarios...*, o.c., Tomo II, p. 2369.

¹⁵⁶ La Secretaría General Técnica del Mº de Justicia elaboró y difundió dos Textos de ALC con fechas 7 de septiembre 2001 y 9 de enero 2002.

¹⁵⁷ ROJO, A.-BELTRÁN, E., “Informes y dictámenes a los Anteproyectos de la Ley de 2001. Informe del Consejo General del Poder Judicial”, en ROJO-BELTRÁN, *Comentarios...*, o.c., Tomo II, pp. 3748 y 3752.

modificación colectivas de contratos laborales en la liquidación de la empresa- las recomendaciones sobre manifestaciones de índole laboral que afectan al art. 63, así como sus observaciones sobre la apertura de la liquidación y práctica de la misma en la venta de los bienes, indicaciones que, en su mayor parte, serán recogidas en el texto definitivo aprobado. Al tratar de los contratos de trabajo, critica la regulación excesivamente centrada en las incidencias perjudiciales de la declaración de concurso en la suerte de tales contratos, sin tener en cuenta las posibilidades laborales que brindan las distintas fases – convenio y liquidación- con medidas sobre conservación de los puestos de trabajo en la fase de convenio y las que pueden adoptarse en la fase de liquidación, con la posible transmisión de la empresa o centro de trabajo, abundando, poco después, en esa idea diferencial al indicar que el art. 63 del ALC no sólo recoge la extinción derivada por la cesación definitiva de la actividad empresarial sino que “admite supuestos de extinción al servicio de la continuidad de la actividad del concursado”¹⁵⁸.

Proyecto de Ley concursal de 23 de julio de 2002

Por lo que se refiere a la liquidación de empresas, recoge, en su art. 63, la posibilidad de solicitar por la Administración judicial la modificación, extinción y suspensión de los contratos de trabajo, si bien todavía no se incorporan los representantes de los trabajadores como posibles solicitantes.

En lo referente al Plan de liquidación, el texto del Proyecto es el que resulta finalmente aprobado, con cuatro enmiendas que modifican sustancialmente su contenido. En primer lugar y, a nuestro juicio, de modo positivo, en el art. 148 se recoge expresamente la preferencia, si fuera factible en contemplar la enajenación global de la empresa, recogiendo parcialmente la enmienda nº 544 presentada por Convergencia y

¹⁵⁸ ROJO, A.-BELTRÁN, E., “Informe del Consejo General del Poder judicial”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E., *Comentarios...*, o.c., Tomo II, pp. 3802-3803. La Ley concursal, por lo que se refiere a la enajenación de la entidad económica o una rama de actividad, en fase de liquidación, no recogerá este criterio, que hubiera facilitado en gran medida su venta.

Unió¹⁵⁹. Este precepto quiebra la sistemática que recogían las distintas propuestas sobre el contenido del Plan de liquidación, ya que, sin prohibir la enajenación de la empresa, no incluían tal prescripción, relegando la misma a las Reglas legales supletorias. Por otra parte, las enmiendas de contenido laboral, presentadas por varios Grupos parlamentarios¹⁶⁰ proponían que se incluyese el cumplimiento de la normativa sobre transmisión y extinción de la empresa¹⁶¹, sobre modificación y extinción de los contratos de trabajo y sobre la modificación de las condiciones laborales¹⁶². Sin embargo, no es dudoso que la normativa laboral sobre los aspectos que contempla la enmienda habría de cumplirse en todo caso, se indicase o no en el precepto¹⁶³. Otra cuestión es que su cumplimiento –como se recoge definitivamente en la norma- condicione la aprobación del Plan, ya que este punto si que constituye una novedad de peso, y no precisamente positiva, ya que, posiblemente, obligará a aplazar la aprobación del Plan de liquidación para dar cumplimiento, en su caso, a la tramitación contemplada en el art. 64 LC. La enmienda, en lo referente a la cuestión laboral, fue recogida sustancialmente tanto en el art. 148 (referente al Plan de liquidación) como en las Reglas legales supletorias.

¹⁵⁹ Esta enmienda proponía modificar el apartado primero, con el fin de que el Plan de liquidación pudiera contemplar la enajenación total de la empresa, fijándose, en tal caso, “un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente (las) que garanticen la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. En todo caso, serán oídos por el juez los representantes sindicales de los trabajadores”. Finalmente, se recogió de modo expreso la transmisión de la empresa, así como la posibilidad de observaciones y propuestas de los representantes de los trabajadores –además de las del deudor y acreedores- al Plan (arts. 1 y 3 del art. 148 LC), incorporándose al art. 149 lo referente al plazo de presentación de ofertas de compra y los criterios de preferencia sobre las mismas. Vid. BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E., *Comentarios...*, o.c., Tomo II, p. 2369.

¹⁶⁰ Grupo parlamentario de Izquierda Unida (nº 83), Vasco (nº 150), Mixto (nn. 183 y 315) Socialista (nº 356) y Convergencia y Unió (nº 545).

¹⁶¹ Sorprende esta propuesta de inserción ya que, por desgracia, no existe en nuestra legislación una normativa que regule la enajenación de la empresa, reiterada de forma insistente por la doctrina. Quizá fue un olvido no proponer la incorporación, incluso como Disposición Final de la Ley, de una regulación sobre la transmisión de la empresa; se perdió un momento importante para haber legislado sobre este tema, motivo de quebraderos de cabeza para compradores, vendedores de empresas, sin olvidar al poder judicial, abogados y asesores, cuando tratan de dar un cauce legal unitario a lo que no lo tiene.

¹⁶² Vid. BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E., *Comentarios...*, o.c., Tomo II, p. 2369.

¹⁶³ En este sentido, vid. BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E., *Comentarios...*, o.c., Tomo II, p. 2369.

Finalmente Coalición Canaria (enmienda nº 635) propuso la prórroga del plazo de presentación del Plan, cuando la complejidad del concurso lo justificase, siendo recogida en el texto. A nuestro parecer, y aunque analizaremos este extremo más adelante, 30 días, como máximo, puede ser, en ocasiones, un plazo excesivamente corto para la elaboración de un Plan, si lo que se pretende es que su contenido sea lo más completo posible, máxime si el concurso presenta gran complejidad, como ocurrirá con las grandes empresas, holdings o multinacionales, sobre todo si hubiera que resolver las cuestiones relativas a las relaciones laborales, antes comentadas. Por ello, se echa en falta en este precepto, un marco de flexibilidad en la prórroga de su presentación. Mejor hubiera sido dejar en las manos del Juez la fijación de un plazo, ponderadas siempre las circunstancias y particularidades que concurran en cada concurso.

La liquidación de la empresa en la Ley Concursal

En el texto finalmente aprobado, se incluye -entre los documentos que deben acompañar a la solicitud del deudor- una propuesta de plan de liquidación (art. 6. 4 LC), cuando éste pida la liquidación, juntamente con el concurso voluntario, así como la indicación, en su caso, en el auto de declaración de concurso (art. 21.1.1º), de la solicitud de liquidación presentada.

La fase de liquidación, propiamente dicha, está regulada en el Capítulo II del Título V, comenzando por las diversas posibilidades sobre la solicitud de su apertura por el concursado, acreedores y de oficio; auto de apertura (arts. 142-143), su publicidad (art. 144); efectos de la apertura de esta fase en el concursado (art. 145), en los créditos concursales (art. 146) haciendo remisión a las normas del Título III de la Ley, que no se opongan a las reguladas específicamente en este Capítulo (art. 147).

Especialmente relevantes son las normas sobre operaciones de liquidación, en particular por lo que se refiere al Plan de liquidación y a las Reglas legales supletorias. El art. 148 regula las disposiciones que deben aplicarse al Plan de liquidación, concretándose

en el art. 149 las Reglas Legales que deben aplicarse en defecto del Plan o en lo que éste no hubiera prevenido.

La Ley continúa prescribiendo normas de liquidación sobre los bienes y derechos litigiosos (art. 150), así como a bienes y derechos con privilegio especial (art. 155.4). Prohíbe adquirir bienes y derechos de la masa activa a los Administradores concursales (art. 151), ordenando la presentación trimestral de informes sobre la marcha de las operaciones de liquidación (art. 152), sancionando con la separación de su cargo a aquellos Administradores que prolongasen indebidamente la liquidación, juntamente con la pérdida de las retribuciones devengadas e incluso el reintegro de todo lo percibido desde la apertura de la fase de liquidación (art. 153). Finalmente, la sección cuarta (arts. 154 a 162) se ocupa del pago a los acreedores.

II. LA LIQUIDACIÓN COMO SOLUCIÓN AL CONCURSO DE ACREEDORES

II.1 Significado de la liquidación como solución al concurso

El significado de la liquidación de la empresa corre parejo con el creciente papel de la sociedad de capital empresarial en el entramado social y en la esfera pública de los Estados. La empresa en el siglo XIX, con un papel preponderante del empresario individual en sus albores, más adelante con trascendencia societaria a través de las sociedades personalistas en las que la responsabilidad ilimitada de los socios diluía el muro de contención del riesgo para sus deudores, adquiere otra dimensión, cristalizada ya en el siglo XX, con el desarrollo de la sociedad capitalista, que trasciende de la esfera privada de los socios –con responsabilidad limitada en las sociedades por acciones- y del colectivo de deudores, para inscribirse en un amplio campo de intereses diversos, donde los trabajadores, la Sociedad, el Estado a nivel nacional e incluso supranacional, juegan un papel importante, a veces decisivo, en las crisis empresariales.

Si a ello se une la separación empresario-empresa, de tal forma que la desvinculación del empresario, persona física (socio mayoritario o único), en el ámbito societario no tiene

por qué implicar la desaparición de la empresa, tendremos un esbozo inicial de los nuevos planteamientos concursales en los ordenamientos jurídicos continentales europeos y anglosajones, cuya finalidad va orientada progresivamente a procurar conservar la empresa, en beneficio de los acreedores –y del propio deudor, sobre todo en aquellos ordenamientos donde el *favor debitoris* de buena fe, sigue siendo un criterio principal-, de su colectivo laboral, así como a proteger los cuantiosos intereses sociales que están en juego. Por ello, el convenio es la solución normal del concurso, al que las distintas legislaciones favorecen con diversas medidas, siempre con el objetivo de la continuidad empresarial, cuando se considere que las empresas son total o parcialmente viables, en beneficio –como se indica en la Exposición de Motivos de nuestra LC (VI)- “no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses”. Pero la viabilidad de la empresa no tiene por qué significar siempre la continuidad del empresario, ya que –incluso en los acuerdos deudor-acreedores- cabe la enajenación de la empresa, aunque desaparezca o se disuelva y liquide la persona jurídica del deudor, siempre que (en algunos ordenamientos concursales, en los que se encuentra el español) se incluya también en la transmisión, el pago a los acreedores por el adquirente, quien asume por tanto el riesgo del pasivo con terceros, en función de los acuerdos concertados¹⁶⁴.

La liquidación desligada ya de su componente sancionatorio penal que implicaba la declaración de quiebra para el deudor quebrado, si bien su apertura da lugar automáticamente a la calificación de concurso¹⁶⁵, está considerada como una solución subsidiaria prácticamente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos concursales. Para nuestra Ley concursal –cuando la liquidación la solicita un acreedor o se apertura de

¹⁶⁴ En la Ley Concursal francesa la liquidación no significa el fin de la actividad de la empresa. La Ley favorece su mantenimiento, gracias a la cesión total o por partes de la empresa. La suerte del deudor es inmutable. La de la empresa variable. Vid PEROCHON, F-BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté...*, art. cit., p. 366.

¹⁶⁵ En nuestra Ley Concursal, si la sentencia de calificación declara el concurso como culpable, las personas afectadas por la calificación serán inhabilitadas para administrar bienes ajenos por un periodo entre 2 y 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante ese periodo; perderán sus derechos como acreedores, serán condenados a devolver bienes o derechos indebidamente obtenidos e incluso podrán ser condenados a pagar a los acreedores concursales lo que éstos no hubieran percibido en la liquidación de la masa activa (art. 172 LC).

oficio- sólo opera cuando no se alcanza o se frustra el convenio. Incluso sigue siendo subsidiaria cuando la solicita el deudor –constante convenio-, obligado por el deber que le impone la Ley, de conocer la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones posteriores contraídas.¹⁶⁶

Pero la liquidación de la entidad titular de la empresa no significa su desaparición . La sociedad capitalista –como empresario titular de la empresa- queda automáticamente disuelta, si antes no estuviera acordada su disolución; cesan sus administradores en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición de su patrimonio. La empresa en liquidación, según nuestra LC, en cambio, como conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica, no cesa en su actividad ya que la regla general es su continuación en el ejercicio de la misma, si bien bajo la dirección de la administración concursal¹⁶⁷. La apertura de la liquidación supone, eso sí, la asunción del pasivo empresarial de terceros por la masa activa del concurso. El eventual adquirente de la empresa –en todo o en parte- no se responsabiliza del pago de las deudas¹⁶⁸. La percepción de las deudas se hará con cargo a la masa, de acuerdo con el orden de prelación legal establecido entre los créditos y dentro de cada grupo de acuerdo con el orden de vencimiento (créditos contra la masa) o a prorrata, siendo la administración concursal quien se encargue de su distribución. Así pues, el verdadero soporte de las deudas en la liquidación es la masa activa que, en la sociedad capitalista, será fundamentalmente la empresa, normalmente en funcionamiento, aunque no obsta que esté inactiva.

La conservación de la empresa, si es posible como un todo o la de sus unidades productivas autónomas, sigue siendo una finalidad primordial del concurso, en su vertiente liquidativa, como ocurre en la vigente legislación francesa , en la *legge fallimentare*

¹⁶⁶ Tendremos ocasión de analizar la solicitud de liquidación del deudor, en varias fases del procedimiento concursal, incluso con la misma solicitud de declaración de concurso, como una excepción a la subsidiariedad de la liquidación.

¹⁶⁷ La continuación de la actividad empresarial es la norma y su cese o suspensión la excepción (art. 44 LC), regla no modificada en caso de apertura de la fase de liquidación concursal.

¹⁶⁸ Como excepción, y en caso de sucesión de empresa, el adquirente se subroga en la parte de de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago y anteriores a la enajenación, aunque el juez puede exonerarle de la subrogación en la parte asumida por el FOGASA (art. 149.2 LC).

italiana de 1942 y sobre todo en su Reforma Orgánica de 9 enero 2006. En los ALC se propugnaba la venta unitaria de la empresa si con ello se satisfacía, en mayor medida, a los acreedores. En la LC, sin perder esa finalidad, se pone el acento en la permanencia de su actividad mediante su factibilidad, que, en primer lugar, implica viabilidad y en no menor medida encontrar el potencial adquirente que esté dispuesto a pagar el precio ajustado al valor real de mercado¹⁶⁹. Continuidad en el funcionamiento empresarial que debería traer aparejada como otra finalidad, (así ocurre en algunos ordenamientos concursales como el francés o el alemán y en las Reglas Legales Supletorias del ordenamiento español) la continuidad en los puestos de trabajo, si bien, en la práctica, frecuentemente, la mejor oferta de compra no comportará la garantía, en todo o en parte, de su permanencia.

II.2 Valoración crítica a la luz del Derecho Comparado

Nuestra Ley Concursal ha optado por un procedimiento concursal unitario con dos fases solutorias (convenio y liquidación), siguiendo la pauta de la *InsO* alemana (1994) y el *Bankruptcy Code* norteamericano (1978). Recientemente, el Código de Insolvencia y Recuperación de empresas portugués (2004), modificando su anterior orientación, ha optado por seguir el mismo criterio procedimental¹⁷⁰.

El convenio es la solución normal del concurso en la LC, al igual que en USA es el carácter conservativo el que prima en el Código de la Quiebra –Capítulo 11- dirigido

¹⁶⁹ En la “Reforma Orgánica de la disciplina sobre los procedimientos concursales” italiana (art. 105 del Decreto Legislativo), se indica que la liquidación por separado de los bienes que constituyen el activo de la empresa, sólo se llevará a cabo si de la venta en bloque no se consigue una satisfacción mayor para los acreedores.

¹⁷⁰ En la Ley de salvaguarda de empresas francesa (2005), se articula una batería de medidas, dejando la liquidación como procedimiento final: la conciliación (como vía contractual) y dos procedimientos judiciales (salvaguarda, saneamiento) antes de iniciar el de liquidación. Italia, junto con el procedimiento de carácter liquidativo tiene otros conservativos, además del aplicado a grandes empresa ((Administración Extraordinaria) de carácter reorganizativo, con finalidad conservativa y liquidatoria. La Reforma Orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales (2006) actualiza el procedimiento de quiebra, dirigido en lo posible a conservar la empresa, dentro del procedimiento liquidativo. En Inglaterra la *Insolvency Act* (1986) regula varios procedimientos: *Winding up*, liquidativo, con vertiente extajudicial (*voluntary winding up*) y otro judicial (*compulsory winding up*); *Administrative Receivership*, dirigido a la liquidación de patrimonios, fundamentalmente a favor de titulares *floating charge* y el procedimiento reorganizativo de Administración Controlada. La nueva Ley de Empresas (2002) instaura un nuevo procedimiento de Administración judicial, al cual se accede tanto por orden judicial como por vía extrajudicial.

fundamentalmente a la reorganización de las sociedades de capital en crisis. La propuesta anticipada de convenio es una de las medidas más destacadas para facilitar la solución convenida: la posibilidad de presentarlo “con la propia solicitud del concurso voluntario o, incluso, cuando se trate de concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos” y su posible aprobación judicial durante la fase común del concurso –según se detalla en el Capítulo VI, párrafo tercero de la Exposición de Motivos– hacen de esta posibilidad una herramienta eficaz para ahorrar tiempo y gastos en comparación con la dilación y el coste que suponían los anteriores precedentes concursales. El convenio aparece como la solución prioritaria, ya que trata de conseguir la conservación de la empresa, el mantenimiento de los puestos de trabajo a la par que ayuda a los acreedores a llegar a acuerdos mutuamente beneficiosos con el deudor concursado.

Aun sin obviar el criterio de prioridad del convenio, el legislador, ha permitido al deudor proponer la liquidación, incluso con la misma solicitud de concurso, de tal forma que, constante la voluntad del concursado en liquidar su patrimonio, se impide la presentación, no sólo por el deudor, sino también por los acreedores u otros interesados, de cualquier solución convenida, abocando el concurso a la apertura de la liquidación.

Siendo muchas las similitudes con el Bankruptcy Code, es sabido que los concursos que terminan en convenio en España no están consiguiendo la magnitud que los que alcanzan esa solución en USA¹⁷¹. Cabría señalar como posibles causas, en su caso, el presupuesto objetivo para la apertura del procedimiento: En USA, basta la voluntad del deudor en la voluntary petition para iniciarlo; más aún su sola voluntad es la única causa para su apertura. En España, el deudor solicitante debe justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, aunque sea inminente. Esta razón, unida al importante deterioro de la empresa al iniciarse el concurso, ya que la mentalidad del empresario es resistir todo lo posible antes de iniciar un procedimiento concursal por la negativa imagen que ello le comporta, hace que en nuestro país, cuando se inicia el concurso voluntario, el convenio

¹⁷¹ Sirva como afirmación de nuestro aserto el número de autos de apertura de la fase de convenio y de liquidación habidos en los años 2008 y 2009: En 2008, los autos de apertura de la fase de convenio fueron 34, por 424 los de la fase de liquidación. En 2009, 62 fueron los autos de apertura de la fase de convenio, alcanzando la cifra de 2.602 los que abren la fase de liquidación. Vid. Estadística del Registro Mercantil Central, en su pág. Web.

resulta difícil, ya que el estado de deterioro de la empresa la aboca las más de las veces a su liquidación.

Además, la liquidación anticipada –aprobada por el R.D-ley 3/2009, de 27 de marzo– ha concedido, si cabe, mayor preponderancia a esta vía de solución del concurso. El deudor puede solicitar la liquidación –a la vez que anticipa una propuesta de liquidación–, hasta los quince días posteriores a la presentación al juez por la administración concursal del informe que contiene, entre otros aspectos, el inventario y la lista de acreedores; el juez resuelve su rechazo o aprobación, abriendo, automáticamente, en este último caso, la fase de liquidación.

La solicitud-propuesta de liquidación anticipada ha corregido la anterior imposibilidad de abrir el procedimiento, en caso de impugnaciones al inventario o a la lista de acreedores, hasta su resolución vía incidente concursal, con la consiguiente demora en la presentación de un plan de liquidación, que agravaba el normal deterioro de la empresa perjudicando su venta. Con ello, ha incrementado en el deudor la posibilidad de acudir a un concurso voluntario, solicitando la apertura anticipada de la liquidación, en vez de proponer un convenio –posiblemente con pocas posibilidades de aprobación–, al agilizar la operativa liquidatoria y conseguir una transmisión de la empresa con mejores perspectivas con las que satisfacer a los acreedores.

Por otra parte, la misma resolución judicial que abre la fase liquidatoria, aprueba el plan de liquidación y, en consecuencia, permite iniciar la venta del patrimonio que constituye la masa activa, sin esperar a la verificación –no ya de la lista definitiva de acreedores, como ocurre en el ordenamiento portugués e italiano, sino ni siquiera del inventario, ya que, aprobado el plan de liquidación, su puesta en práctica se llevará a cabo muy probablemente con anterioridad a la manifestación del texto definitivo del inventario, con el peligro de incluir en la venta bienes o derechos con posibilidad de ser excluidos y que, en algunos casos, podrían ser parte esencial de la empresa o de sus ramas de actividad. La mayoría de los ordenamientos continentales vinculan la aprobación de un

plan de liquidación, y en concreto la enajenación de la empresa, a la fiabilidad del inventario.

El plan de liquidación anticipada es redactado por el deudor, a diferencia no sólo del propuesto para la liquidación ordinaria¹⁷² –presentado por la administración concursal– sino al dispuesto en muchos ordenamientos concursales, en los que extraña tal disposición en la liquidación judicial¹⁷³.

Llama la atención, en comparación con otros ordenamientos –con excepción del francés– el reducido peso de los acreedores ordinarios en la fase de liquidación. En la LC, salvo el derecho de los acreedores a solicitar la liquidación, en caso de incumplimiento de pagos y obligaciones comprometidos en el convenio y ante la ausencia de solicitud por el deudor y la formulación de observaciones o propuestas de modificación al plan de liquidación ordinaria, presentado por la administración concursal (o únicamente observaciones a la propuesta de liquidación anticipada presentada por el deudor), brilla por su ausencia –incluyendo las RLS– cualquier referencia a la intervención de los acreedores en las operaciones de liquidación. La LC sigue la orientación publicista del Derecho concursal francés. La Ley de saneamiento y liquidación de empresas de 1985 (reformada en 1994), consecuente con la prevalencia de los intereses públicos, elimina como órgano de la quiebra a la junta de acreedores. Se nombra a un representante de los acreedores, sin capacidad decisoria, cuya actuación, entre otras no especialmente relevantes, se limita a ser “oído” por el juez comisario sobre las ofertas de adquisición de la empresa o sus ramas de actividad. La Ley de salvamento de las empresas (2005) –actualmente en vigor– continúa en la línea garantista de la empresa y de los puestos de trabajo. Es el

¹⁷² En adelante, para distinguir la liquidación no anticipada, solicitada por el deudor de acuerdo con los arts. 142.1 y 128.3 LC, por contraposición a la anticipada, la denominaremos “liquidación ordinaria” o simplemente liquidación.

¹⁷³ La Ins0 no contempla propiamente un plan de liquidación, aunque el deudor no interviene en la enajenación del patrimonio empresarial, sino que se encomienda al administrador judicial. El deudor puede presentar un plan de insolvencia (§218), dirigido fundamentalmente a la conservación de la empresa. En el Reino Unido es el oficial receiver quien procede a la venta del patrimonio concursal en la liquidación judicial (*compulsory winding up*); en la liquidación a favor de los acreedores garantizados por “*floating charge*” podían nombrar un liquidador extrajudicial. En USA es el “*trustee*” quien realiza la venta y administración de los bienes de la sociedad; el deudor previamente se los ha cedido en posesión.

administrador judicial quien, de forma exclusiva, actúa en nombre y en defensa de los intereses colectivos de los acreedores. El Tribunal nombra interventores entre los acreedores que lo soliciten con la misión de asistir al mandatario judicial en sus funciones y al juez comisario en la supervisión y administración de la empresa. Los interventores – inhabilitados para ofertar la compra de la empresa o de sus bienes- son informados por el administrador judicial del contenido de las ofertas, son oídos o citados por el Tribunal –no se les atribuye poder alguno de decisión-, antes de que éste resuelva sobre la selección de la mejor oferta; tampoco tienen la posibilidad de oponerse, cuando consideren razonablemente que el precio de la cesión es muy bajo y pudiera haberse mejorado. Todo ello porque, al parecer, prima más el mantenimiento de la actividad empresarial y del empleo que la satisfacción de los acreedores.

Por el contrario, el peso de los acreedores en la Ins0 alemana –a través de la Comisión y Junta de acreedores- reviste especial importancia. El administrador nombrado por el juez debe ser ratificado por los acreedores, cuyo Comité ejerce vigilancia sobre su actuación y le auxilia en su cometido. La Junta de acreedores decide sobre los actos jurídicos más relevantes, en particular sobre la posible enajenación de la empresa a personas vinculadas a la entidad deudora o a acreedores relevantes. El administrador procede a la venta de la masa activa siempre que la Junta de acreedores no lo impida.

El nuevo ordenamiento concursal portugués (2004) devuelve el papel central de la liquidación a los acreedores, que había quedado reducido en la Reforma de 1993 a la declaración de insolvencia. La Asamblea de acreedores decide sobre el cierre o mantenimiento de la actividad de la empresa, necesitando el administrador su aprobación para su venta o la de sus unidades económicas, así como la de los bienes necesarios para su actividad, de las participaciones empresariales relevantes para el desarrollo de la entidad e incluso de sus bienes inmuebles. Los acreedores que representan una quinta parte de los créditos (excepto los subordinados) pueden paralizar una enajenación, solicitando del juez que se convoque Asamblea de acreedores para adoptar una decisión, si existen posibilidades de venta más ventajosas.

Incluso en Italia, en la Reforma Orgánica de los procedimientos concursales (2006), la tutela de los acreedores, junto con la conservación de la empresa, constituye su eje fundamental. Se da carácter relevante a los representantes de los acreedores, modificando el criterio opuesto recogido en la legge fallimentare. El Comité de acreedores y no el juez delegado es quien autoriza o no la continuación de las relaciones jurídicas pendientes y el ejercicio o supresión de la actividad de la empresa en quiebra o su posible arrendamiento si se considera útil para su venta. La importancia del Comité de acreedores se ve todavía más reforzado en lo que respecta a la aprobación del programa de liquidación. En la “Reforma” era prerrogativa del Juez delegado, oído el Comité. Unos meses más tarde el “Decreto correttivo” dispone la exclusiva aprobación del programa liquidativo por el Comité de acreedores, reduciendo la labor del juez a la autorización a posteriori de los actos conformes con el programa, lo que supone un paso más en la desjudicialización del procedimiento de quiebra a favor del órgano defensor de los intereses de los acreedores. En definitiva, la “Reforma” amplía el peso específico de los acreedores, cuya intervención es preceptiva en las decisiones más importantes y reduce, en paralelo, las atribuciones del Juez delegado.

La tendencia hacia la liquidación “conservativa” de la empresa es generalizada en la práctica totalidad de los ordenamientos concursales, bien mediante su cesión global o, si ello no fuera viable o se demostrase menos rentable, a través de la venta de unidades económicas o ramas autónomas de actividad, como así se recoge en la LC, que no es ajena a este criterio conservativo en la liquidación. Generalmente la regulación de las transmisiones del patrimonio empresarial en la mayoría de esos ordenamientos, se lleva a cabo a través de un pliego de condiciones al que deben atenerse los oferentes en venta directa, mediante expertos independientes o por subasta. La LC, sin embargo, deja libertad de diseño no solo al deudor, en su propuesta de liquidación anticipada, sino también a la administración concursal, cuando este órgano presenta el plan en la liquidación ordinaria, al cual tan solo se le impone –en modo alguno al deudor- que contemple, si fuera factible, la enajenación unitaria de la empresa o de alguna de sus unidades económicas. El juez, teniendo en cuenta las observaciones o propuestas de modificación del deudor, acreedores y representantes de los trabajadores al plan de

liquidación ordinaria (propuestas de la administración concursal y observaciones de los acreedores y demás interesados al de liquidación anticipada), decide según estime conveniente a los intereses del concurso, aprobar el plan presentado, modificarlo en base a las propuestas presentadas o acuerda la liquidación conforme a las RLS, si se trata del plan de liquidación ordinaria. Si el plan de liquidación anticipada es rechazado, parece que debiera abrirse la fase de convenio, una vez puestos de manifiesto los textos definitivos de inventario y lista de acreedores, con los que finalizaría la fase común.

Se echa en falta en la LC una regulación de los aspectos más relevantes que deben recoger las ofertas de compra de la empresa o sus ramas de actividad, así como las posibilidades de actuación del juez y la administración concursal para suspender transmisiones por otras más ventajosas o que se estuvieran negociando a precios inferiores al de mercado, si bien este último aspecto se recoge e parte para las realizaciones de bienes y derechos afectos a créditos especialmente privilegiados.

Esta forma de liquidación, mediante un plan o programa, no es seguida por todos los ordenamientos. La Ins0 no requiere, como antes indicamos, un plan de liquidación para la enajenación del patrimonio empresarial, como tampoco los ordenamientos anglosajones; en el vigente Código de insolvencia portugués no se necesita la aprobación de un plan de liquidación por la Asamblea de acreedores. En la Ley francesa de 1985 más que un plan de liquidación de empresas se exigía al liquidador judicial que realizase las operaciones de liquidación, comenzando por la promoción de ofertas de adquisición directa, diseñando una oferta de adquisición. En la Ley vigente de salvaguarda de empresas (2002) el liquidador procede a las operaciones de liquidación, después que el Tribunal apruebe uno o varios planes de cesión de la empresa. El plan de cesión no se aprueba a priori –como en la LC- sino una vez presentadas todas las ofertas de compra, en base a la documentación presentada, sobre un elenco de datos recogidos expresamente en la ley.

En la “Reforma” italiana de 2006 se presenta un programa de liquidación por el curador, pasados 60 días desde la redacción del inventario, que debe ser, como antes indicábamos, aprobado exclusivamente por el Comité de acreedores, autorizando

posteriormente el juez delegado los actos que le sean conformes. Por lo que se refiere a la venta de la empresa o de sus ramas de actividad se dispone expresamente su prioridad, salvo que se consiga mayor satisfacción para los acreedores con la venta de los elementos componentes por separado, disposición que recuerda a la Regla primera de las supletorias de la LC. La “Reforma” amplía la posibilidad de liquidación de la empresa con su transmisión o la de ramas de actividad a una o varias sociedades de nueva constitución o ya en funcionamiento. Incluso cabe el pago del precio de venta mediante asunción de deudas por el adquirente, siempre que no se altere la graduación de créditos. Se posibilita la suspensión de la venta de la empresa por el curador, si hay una oferta irrevocable que mejore en un 10% como mínimo el precio de venta. También el juez puede suspender su enajenación si el precio ofertado es notablemente inferior al de mercado.

Se echa en falta en la LC una regulación pormenorizada de las características que debiera cumplimentar una oferta de compra, a las que el adquirente deba atenerse, como las reglamentadas en la Ley de salvaguarda francesa o en la Reforma de la legge fallimentare italiana, así como la posibilidad del juez y de la administración concursal, en su caso, de suspender aquellas operaciones de venta de la empresa cuyo precio no alcance al de mercado o en las que pudiera haber una nueva oferta que superase en un determinado porcentaje aquella que se hubiera concertado.

Aunque en el plan de liquidación regulado en la LC –tanto el presentado por el deudor en la liquidación anticipada, como el realizado por la administración concursal en la liquidación ordinaria- no se indica expresamente el orden de prioridad en los objetivos a conseguir en la transmisión de la empresa, ramas de actividad o elementos, las RLS priorizan las ofertas que garanticen la continuidad de la empresa, de los puestos de trabajo, así como la mayor satisfacción de los créditos de los acreedores. Este criterio, recogido del ordenamiento francés (Ley de saneamiento y liquidación judicial de empresas. 1985, ratificado en el art. L 642-1 de la Ley de salvaguarda de empresas de 2005), en el que la finalidad de la cesión de empresa es el mantenimiento de actividades susceptibles de explotación autónoma, mantenimiento de la totalidad o parte de los empleos vinculados a ella y el pago del precio del pasivo, no aparece en otros ordenamientos, no ya

anglosajones, sino incluso continentales. La satisfacción de los acreedores –Ins0, Código de Insolvencia portugués, Reforma italiana- es un principio prioritario, matizado con el objetivo de la venta unitaria de las empresas, siempre que resulte factible. Al elevar, en la LC, el mantenimiento del empleo a factor de particular relevancia en la enajenación de la empresa en liquidación, juntamente con la prolija reglamentación para sustanciar los expedientes de extinción colectiva de los contratos laborales, vinculando además a su previo cumplimiento la aprobación del plan de liquidación, constituye uno de los factores que dificultan en gran manera las operaciones de venta de la empresa; este aspecto debería reestudiarse en la próxima modificación de la LC.

Del análisis comparativo entre la liquidación regulada en la LC y la de las distintas reglamentaciones continentales y anglosajonas cabe concluir que, aun recogándose, como en especial en el Bankruptcy Code USA, la preeminencia del convenio sobre la liquidación de la empresa, la propia regulación liquidativa de la LC contradice la aspiración del legislador español de considerar el convenio como la solución normal del concurso, ya que si el deudor no la desea –incluso aunque esa fuera la aspiración de la mayoría de los acreedores- se imposibilita la solución negociada mediante convenio.

La legislación concursal francesa y los excesos cometidos con la anterior legislación concursal española, quizá hayan llevado al legislador a reducir al mínimo el papel decisorio de los acreedores en la liquidación, en contra de la orientación mayoritaria de los distintos ordenamientos concursales, dejando, sobre todo, a los acreedores ordinarios en posible situación de indefensión, máxime después de la rectificación llevada a cabo en las acciones de reintegración, eximiendo de rescisión a algunos acuerdos de refinanciación, acordados en los dos años anteriores a la declaración de concurso, en especial cuando se concierten con incremento de garantías, reduciendo, a veces considerablemente, las frecuentemente remotas posibilidades de cobro de sus créditos.

Resaltar favorablemente la orientación conservativa de la empresa en la liquidación, en línea con el resto de ordenamientos concursales, procurando su venta unitaria o por unidades productivas, aunque se echa en falta una regulación pormenorizada de los

requisitos esenciales que deben contener las ofertas de compra y las posibilidades de vetar acuerdos de venta que minoren de forma considerable el precio de mercado o acoger aquellas que superen en determinado porcentaje el precio acordado. Y en no menor medida la flexibilización en plazo y en condicionantes de los expedientes de regulación colectiva de los contratos de trabajo, sobre todo en lo referente a la extinción laboral, ya que la venta de una empresa en liquidación dependerá, en muchas ocasiones, de la rapidez y ductibilidad para llegar a acuerdos en esa materia, máxime si la aprobación del plan de liquidación depende del cumplimiento de lo reglamentado sobre la tramitación de esos expedientes.¹⁷⁴

II.3 Diversos momentos habilitados para solicitar la liquidación

Desde el momento inicial de la solicitud del concurso por el deudor y hasta el eventual incumplimiento del convenio el legislador ha ido jalonando las distintas fases del concurso con la posibilidad de presentar la liquidación. El deudor puede hacerlo, juntamente con la solicitud de concurso voluntario, mediante una doble vía: la liquidación ordinaria, a la que el deudor deberá acompañar –de forma obligatoria- una propuesta de plan de liquidación y la liquidación anticipada, al presentar una propuesta de liquidación. Como analizaremos más adelante, los rasgos esenciales que distinguen ambas formas de solicitud de liquidación son: 1) La presentación de forma separada de solicitud y propuesta de plan, en la liquidación ordinaria; en la anticipada, en cambio, la propuesta de liquidación, sirve a la vez de solicitud y de presentación de un plan. 2) Su plazo de presentación, siendo la manifestación de los textos definitivos de inventario y lista de acreedores, el plazo en que finaliza la solicitud de liquidación ordinaria, en la fase común y el de oposición a la aprobación del convenio, en fase de convenio, mediante la solicitud de liquidación, terminando el plazo de la liquidación anticipada quince días después de la presentación del informe que preceptivamente debe elevar al juez la administración concursal 3) La elaboración del plan de liquidación, ya que en la ordinaria debe

¹⁷⁴ En lo referente a la regulación de empleo en la enajenación liquidativa de la empresa, la LC se inspira en parte en la derogada Ley francesa sobre saneamiento y liquidación de empresas de 1985 y en la InsO alemana -si bien en su normativa no cabe extinción de los contratos de trabajo por causa de la transmisión de la empresa, debiendo además realizarse con posterioridad a su enajenación- .

presentarlo la administración concursal, mientras que en la liquidación anticipada lo hace el deudor, proponiéndola *uno actu* con la solicitud de liquidación. 4) En la liquidación ordinaria se abre la fase de liquidación y, con posterioridad, se aprueba el plan de liquidación o, en su caso, las RLS. En la anticipada, sin embargo, solicitud de liquidación y aprobación o rechazo del plan de liquidación se resuelven conjuntamente.

El deudor, tiene además, otra vía de acceso a la liquidación, esta vez obligatoria y es su petición, constante convenio, cuando conozca la imposibilidad de cumplir con los pagos y obligaciones contraídas.

También los acreedores pueden solicitar la liquidación mientras está en vigor el convenio, de manera voluntaria, aunque de forma subsidiaria, ante la ausencia de solicitud del deudor, acreditando alguno de los hechos que sirvieron para fundamentar la solicitud de concurso.

Cabe asimismo acceder a la apertura de la liquidación *ex officio*, por auto judicial, cuando no se hubieran presentado, no se admitiesen a trámite o no se aceptasen propuestas de convenio, así como, mediante resolución judicial firme, por rechazo, nulidad o incumplimiento del convenio.

Indicaremos finalmente que, si bien mediante la liquidación ordinaria la vía era irreversible, en el sentido de no retornar a la fase de convenio, ya que fracasado el plan de liquidación se acordaba ésta judicialmente conforme a las RLS, mediante el rechazo de la liquidación anticipada no parece que el desarrollo del procedimiento concursal, como desarrollaremos en su momento, sea la aplicación de las RLS, sino la apertura de la fase de convenio.

Cabe reseñar, en todo caso, las notables diferencias que comporta la liquidación anticipada en comparación con la ordinaria, sobre todo al poder anticipar su apertura antes de finalizar la fase común. La empresa sufre un gran deterioro en un procedimiento de liquidación. Es difícil mantener en alto el espíritu de laboriosidad y de buen hacer entre el

personal; los clientes recelan de la calidad de los productos elaborados en esta situación; los proveedores piden garantías extra para el suministro, incluso pagos de contado. Por ello, conseguir la aprobación de la propuesta de liquidación antes de solventar las posibles impugnaciones de los acreedores mediante incidentes concursales y proceder de inmediato a la venta de la empresa o de sus unidades económicas, demostrada su viabilidad, (si la satisfacción de los acreedores no prioriza la venta por elementos), es un importante logro tanto para conseguir una transmisión más ventajosa como para el propio desarrollo de la empresa y la permanencia en todo o en parte de su fuerza laboral. El adelanto de las operaciones de liquidación, siempre que no haya impugnaciones que impliquen excluir bienes o derechos básicos para la actividad, es un logro importante si se consigue igualmente reducir los plazos –y posibles recursos- de los expedientes sobre extinción o suspensión colectiva de las relaciones laborales que pudieran presentarse, de indudable trascendencia para la viabilidad de la empresa y, en consecuencia, para su transmisión.

III LA LIQUIDACION DE LA EMPRESA EN LA LEY CONCURSAL

III.1 La noción de empresa a efectos de su liquidación concursal

La empresa puede ser analizada desde una doble vertiente: subjetiva, es decir desde la óptica del empresario, titular de la empresa, mediante el cual se configura la actividad de la misma y su organización y objetiva, desde la óptica de la unidad patrimonial, integrada por un conjunto de medios –materiales e inmateriales- organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica. La actividad del empresario organizador (aspecto subjetivo) resulta de imposible transmisión, por su carácter personalísimo¹⁷⁵. Por ello, nos centraremos en lo que puede transmitirse, es decir el negocio, en su aspecto objetivo. La empresa, objetivamente considerada, es un bien económico de naturaleza compleja, con una parte visible de la organización, conformada por elementos objetivo-patrimoniales, jurídicamente heterogéneos (bienes muebles, inmuebles, relaciones jurídicas y posiciones jurídicas complejas), que aparecen conjuntados, formando una unidad funcional de

¹⁷⁵ Aunque es posible incluir en la transmisión de la empresa tanto la “obligación de hacer” determinadas aportaciones personales (cartera de clientes, determinadas investigaciones sobre productos o invenciones en desarrollo...) como de “no hacer” otras (la competencia geográfica, en productos, etc.)

conexión y otra parte, intangible, denominada fondo de comercio, que constituye “el sobreprecio que el adquirente paga sobre el valor de los elementos objetivo-patrimoniales” y cuyo valor está íntimamente ligado a la continuidad de la explotación; la paralización definitiva de la actividad, conlleva –por lo menos en su mayor parte- su destrucción.¹⁷⁶

Cabe contemplar ahora si con esta compleja configuración, es posible lograr que el Derecho considere la empresa como un bien jurídico unitario. Analizando someramente la cuestión, indicaremos que el objetivo deseable hubiera sido que el empresario tuviera reconocido un derecho de dominación sobre la empresa, lo que implicaría una transmisión “de una sola vez” en lugar de llevar a cabo múltiples actos traslativos sobre los diferentes elementos que la componen, requiriéndose sobre alguno de ellos el consentimiento de terceros (contratos de tracto sucesivo, por ejemplo). Sin embargo, para las legislaciones europeas, y en particular para la española, así como para la doctrina, se considera que no se dan en plenitud las exigencias para que la empresa pueda ser conceptuada como objeto de un derecho de dominación. Se resalta su unidad orgánica, pero sin conseguir ser un patrimonio plenamente separado, por la peculiaridad heterogénea de su contenido.¹⁷⁷

En consecuencia, se viene a admitir que no parece que pueda conceptuarse la empresa como objeto unitario de derecho, sobre el que recaiga un derecho real de dominación. Sin embargo, el Derecho puede tomar en consideración esa unidad estructural de la empresa en el marco del Derecho de obligaciones, considerándola como bien económico, objeto unitario del tráfico jurídico. La amplia libertad en el contenido de los negocios jurídicos permite a las partes ajustar sus obligaciones recíprocas con el fin de alcanzar los más variados intereses. No hay inconveniente, por tanto, en considerar la empresa objeto de diferentes negocios jurídicos, en los que las partes persiguen su transmisión en su globalidad, como una organización en funcionamiento.¹⁷⁸ El traspaso

¹⁷⁶ GONDRA, J.M., “La estructura jurídica de la empresa (el fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)”, RdM, nº 228, 1998, p. 544.

¹⁷⁷ GONDRA, J.M., “La estructura jurídica...” art. cit., p. 559.

¹⁷⁸ GONDRA, J.M., “La estructura jurídica...”, art. cit., p. 571. En la misma línea SÁNCHEZ CALERO cuando afirma que el negocio tiene un valor en su conjunto, que puede ser objeto del tráfico jurídico. La pluralidad de bienes heterogéneos se vinculan precisamente por su destino común. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 24ª edición, Mc GrawHill, Madrid 2002, p. 184.

del campo de actividad “objetivado” de la empresa, de los valores económicos immanentes a él asociados (clientela, imagen...) es lo que constituye el fin-cause de los negocios traslativos de la empresa¹⁷⁹. Que la actividad pueda formar parte del objetivo unitario del negocio, es lo que aporta singularidad a esta construcción dogmática. Parte de la doctrina, siguiendo este criterio, considera a la empresa como una unidad formada por el conjunto organizado de bienes en el que el elemento inmaterial es el vínculo fundamental aglutinante de los elementos que la integran¹⁸⁰.

1.1 La empresa como conjunto unitario

El conjunto de bienes –materiales e inmateriales- y derechos organizados unitariamente hacia la consecución de una finalidad generalmente económica, es difícil de aprehender jurídicamente en un concepto normativo que sirva para regular la empresa como una unidad, distinta de cada uno de sus componentes, cuando menos esenciales, pero indisolublemente integrada por ellos, de tal forma que si desgajase alguno de esos elementos esenciales, no sería posible denominarle empresa. Por ello, la doctrina y nuestra legislación civilista, mercantil, procesal, fiscal y laboral, si bien han tratado de configurar e incluso regular la empresa, lo han hecho hasta ahora marcando el acento en alguna o alguna de sus características esenciales, pero sin llegar a definir de manera determinante qué se debe entender por empresa en el Derecho y, en consecuencia, de qué manera puede ser unitariamente regulada en las diversas manifestaciones del tráfico jurídico (enajenación, arrendamiento,)

Para la doctrina civilista tradicional, la empresa era la suma de derechos, relaciones de hecho y experiencias (*good will*), agrupadas por un sujeto (el empresario), sólo o con sus trabajadores, a través de la “afectación unitaria a un fin”. En la doctrina mercantilista,

¹⁷⁹ GONDRA, J.M., “La estructura jurídica...”, art. cit., pág. 571. La actividad no puede ser considerada objeto de derecho susceptible de disposición. No cabe hablar de transmisión propiamente dicha de los valores immanentes generados en ella (clientela, imagen, etc.) El transmitente no puede comprometerse a disponer de la actividad, pero su colaboración es determinante para que se produzca la sucesión fáctica en el campo de la actividad de la empresa.

¹⁸⁰ SANCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, o.c., p.184.

GARRIGUES la definía como “conjunto de actividades, bienes patrimoniales y relaciones de hecho”. Es decir, la empresa era un patrimonio en actividad dirigido a un fin; pero no llegaba a ser un patrimonio propiamente separado, con unidad jurídica objetiva, distinta del conjunto de elementos que la integraban¹⁸¹. La idea de unidad la encontramos en la Exposición de Motivos del ALC 1959, donde se concebía la empresa como un todo, una “unidad económica” de carácter mercantil, industrial o agrícola; el ALC 1983 abundaba en esa idea unitaria, aportando una nueva faceta de la empresa, cual es la “organizativa”. En su art. 273 se preveía enajenar unidades u organizaciones productivas de carácter agrícola, industrial o comercial, idea que ha recogido la Exposición de Motivos de nuestra LC (VII. Párrafo 5º) cuando, refiriéndose a las Reglas Legales Supletorias en la fase de liquidación, indica que, aún en este caso, “la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas bienes o servicios..., mediante su enajenación “como un todo”...”¹⁸².

La vertiente organizativa de la empresa ha sido recogida también en nuestra legislación fiscal, poniendo el acento bien en la organización, bien en la actividad que desarrolla. La empresa –según la LIRPF- puede definirse como la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios; integra en ese concepto a las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción y mineras¹⁸³. El acento en la “actividad”, y concretamente en la actividad económica, es recogido también en la normativa laboral (art. 44.2 ET), cuando entiende la empresa como “un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio”.

¹⁸¹ Vid. GONDRA, J.M., “La estructura jurídica...”, art. cit., págs. 558-559. Cita a Ennecerus “Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts”, vol. I, T.I. 15ª edic. y GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I, vol. I, ed. Rev. de Derecho Mercantil, Madrid 1947, pp. 207-234.

¹⁸² Para algún autor, en la legislación española no hay base suficiente para defender que el establecimiento (identificado como empresa) constituya un bien distinto de los elementos de los que se compone. Aunque formen una unidad patrimonial con vida propia, es muy distinto que esa unidad constituya por sí misma un bien diferente y autónomo. La organización no crea un bien nuevo y separado de los elementos que la integran. Vid. ROJO, A., “El establecimiento mercantil. Concepto, clases y elementos”, en URÍA, R-MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. I, 1999, pp. 99-115.

¹⁸³ LIRPF 40/1998, reformada por RD Ley 3/2004, arts. 25 ss. Igualmente la Ley del IVA define la empresa desde la vertiente de la “actividad empresarial”, de forma prácticamente coincidente, como la ordenación por cuenta propia de los factores de la producción, materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

La empresa es identificada, en ocasiones, por la LC con la “actividad empresarial”, tomando la parte por el todo. En la Exposición de Motivos de la LC (VI) se resalta que “la finalidad de conservación de la actividad...empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio... “. En el art. 44.4 LC también parece que se hace coincidir empresa con actividad empresarial, al referirse al “cese o la suspensión total o parcial de ésta (de la actividad), cuando (el deudor) ejerciera una actividad empresarial”. Igualmente, al tratar de la sucesión de empresa (art. 149.2) se refiere a la unidad económica como “un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria”. Y en el art. 100.2 –al tratar de la propuesta de convenio- se refiere a la “continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas”. En ambos preceptos la unidad económica o unidad productiva (es decir, la empresa) se identifica fundamentalmente con su actividad; actividad que se desenvuelve empleando el sustrato patrimonial y personal, cuando otorga preferencia a las ofertas de compra de la empresa que garanticen su continuidad y la de los puestos de trabajo (art. 149.1.3º)¹⁸⁴.

Por otra parte, la LC contempla en contadas ocasiones la empresa en sentido subjetivo, es decir desde la óptica de su titular. Lo hace en el art. 100.1.II cuando se refiere a las empresas cuya actividad puede tener especial trascendencia para la economía. La vertiente subjetiva está más regulada en la normativa laboral. El empresario es el que recibe los servicios de los trabajadores, los cuales los prestan...”dentro del ámbito de su organización y dirección” (arts. 1 y 2 ET).

¹⁸⁴ Vid. MORALES, N., “De las operaciones de liquidación. Comentarios a los artículos 148 y 149”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal*, T. II, Tecnos, Madrid 2004 p. 1599.

1.2 Establecimientos, Explotaciones

La LC, al regular la fase de liquidación, se muestra parca a la hora de emplear la denominación “empresa”¹⁸⁵. Ni una sola vez hace referencia en el art. 148 al vocablo empresa, aunque sí se emplea al desarrollar las Reglas Supletorias. En el art. 149.1 parece equipararse “conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas” (Regla 3ª II), con el “conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera unidades productivas de bienes y servicios (Regla 1ª)¹⁸⁶, si bien la empresa, en su conjunto, puede no estar integrada más que por un establecimiento o explotación sin que, en su singularidad, deje por ello de ser empresa. El legislador parece moverse con más soltura al utilizar las expresiones establecimientos, explotaciones o unidades productivas que al emplear el término “empresa”, resultando confuso, en ocasiones, como en el art. 44.4 LC cuando trata del cierre de la totalidad o de parte de... los establecimientos o explotaciones de titularidad del deudor¹⁸⁷ y a renglón seguido regula el cese o suspensión total o parcial de la actividad empresarial ejercida por el deudor, ya que un establecimiento o una explotación, como analizaremos, no deja de ser una empresa en actividad, salvo que se esté refiriendo al lugar físico donde se desarrollan las operaciones, sin interrelación alguna con la actividad de la empresa (cosa difícil de separar, si el establecimiento o la explotación están en activo).

1.2.1 Establecimientos

El DRAE¹⁸⁸, en su segunda acepción, define el establecimiento como fundación, “institución” o erección, como la de un colegio, universidad, etc. En su quinta acepción, establecimiento es “el lugar donde habitualmente se ejerce una industria o profesión”. Y

¹⁸⁵ En el Capítulo III. 1 se recogen las distintas expresiones utilizadas en la LC sobre el concepto de empresa.

¹⁸⁶ La Exposición de Motivos (VII) equipara empresas a unidades productivas de bienes y servicios.

¹⁸⁷ Idéntica expresión la encontramos en el art. 6.2.2º LC cuando al referirse a los documentos a incluir en la Memoria, incluye “los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular” el deudor.

¹⁸⁸ DRAE, Tomo I, vigésima edición, 1984, p.600.

por explotación entiende “el conjunto de elementos dedicados a una industria o granjería”, dando al vocablo “explotar” la doble acepción de “extraer de las minas la riqueza que contienen” o bien “sacar utilidad de un negocio o industria”. En este primer acercamiento lingüístico a ambos vocablos podemos distinguir claramente la diferencia de acepciones: establecimiento –aparte de una institución- es un lugar físico donde se ejerce una industria; prima el concepto de ubicación física más que la propia industria o actividad productiva. Sin embargo, la acepción explotación integra los medios –bienes y derechos-, los elementos dedicados a la industria. No es de extrañar la utilización, a veces impropia, de establecimiento en la Ley Concursal, ya que, refiriéndose al lugar de la actividad empresarial, parece que unas veces quiera contemplar a la propia empresa o una parte de ella (art. 149.1, Regla 1ª) y otras solamente al lugar físico donde está ubicada (art. 10.3.II).

Como ejemplos de probable identificación de establecimiento con lugar físico, citaremos el art. 2 de la Ley 7/96 de ordenación del comercio minorista, en el que se definen los establecimientos comerciales como “los locales y las construcciones o instalaciones de carácter fijo y permanente destinados al ejercicio regular de actividades comerciales. De forma parecida, en la Ley 26/91 de 21 noviembre, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles prima el lugar sobre la actividad, según se desprende del propio encabezamiento de la Ley y del párrafo 1 a) de su art. 1. Incluso, como antes indicábamos, el párrafo 3 del art. 10 LC, diferencia lugar de actividad, al entender por establecimiento “todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes”.

Sin embargo, y a pesar de lo expuesto, consideramos que generalmente el legislador se refiere a la empresa cuando trata de establecimientos¹⁸⁹. En el Ccom (art. 22), así como en el art. 90 del RRM, al tratar de la inscripción de los datos identificativos del empresario individual, se indica que deben incorporarse, entre otros, “la sede y las sucursales, si las

¹⁸⁹ Para algún autor, el establecimiento, en su vertiente jurídica, es un conjunto de elementos materiales y personales organizados por el empresario individual o por la sociedad mercantil, para el ejercicio de una o varias actividades empresariales. Desde este punto de vista, establecimiento equivale a empresa en sentido objetivo. Entre el establecimiento y la actividad a la que se dedica profesionalmente el empresario existe una relación de medio a fin. ROJO, A., “El establecimiento mercantil...”, cit., pp. 99-115.

tuviere, de su establecimiento”, el rótulo y el objeto de “la empresa”. El lugar físico –la sede– no se identifica con establecimiento sino que forma parte de él¹⁹⁰. La hipoteca sobre establecimientos mercantiles¹⁹¹ se extiende no sólo a los locales, maquinaria o mobiliario, sino también a las patentes, marcas, derechos de propiedad intelectual e, incluso, *stocks* si se hubiera expresamente acordado. El art. 70 de la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles – en línea con el derogado art. 253.2 LSA– al regular la escisión parcial, se refiere a la transmisión en bloque de una parte del patrimonio de una sociedad de una o varias “empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios”. Claramente se identifica empresa con establecimiento.

En el art. 149.1 Regla 1ª LC se contempla el conjunto de “establecimientos”, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas. En la Regla 3ª, en referencia a la Regla 1ª, se dispone que “en caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas...”, asimilando de manera indubitada empresa en su conjunto a establecimiento. Idéntica expresión es utilizada en el art. 148.1: “conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas...”.

La Ley 32/88 de 10 noviembre de marcas, menciona en su art. 10 la tenencia de “un establecimiento industrial o comercial” a la hora de obtener el registro de marcas por sus titulares. La marca sirve para identificar, entre otras cosas, envoltorios, envases o cualquier forma del producto. Obviamente, los productos se producen o se expenden en una empresa. Sin embargo, induce a confusión la expresión normativa, ya que “tener un establecimiento industrial o comercial” se asemeja mucho a lo expresado en el art. 10.3 LC: se entenderá por establecimiento todo lugar de operaciones...”

¹⁹⁰ Obsérvese que no se indica « establecimientos » en plural, sino en singular. Además se refiere a las sucursales como una posibilidad (si las tuviere). Basta pues un solo establecimiento para que pueda ser constitutivo de una empresa.

¹⁹¹ La LEC (arts. 682.2.2º y 691.3) trata de la ejecución de la hipoteca sobre establecimientos mercantiles (regulada en los arts. 19 a 33 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria) en el Capítulo V, cuyo encabezamiento es precisamente “sobre bienes hipotecados o pignorados”

Aunque el art. 44.4 LC parece distinguir establecimiento –como si se refiriese al lugar físico o geográfico- de la actividad empresarial ejercida por el deudor¹⁹², pensamos que la actividad empresarial (la empresa) no constituye algo diferente del (de los) establecimiento(s) mercantil(es), sino que son una misma cosa: unidades orgánicas con una estructura apta para ser constitutivas de una actividad económica¹⁹³.

Podemos, en definitiva, concluir diciendo que el establecimiento mercantil es una unidad económica que cuenta con los medios (bienes y derechos) y la organización suficiente para el desarrollo de la actividad, generalmente comercial o de servicios, aunque también industrial.¹⁹⁴

1.2.2 Explotaciones

La explotación pone el acento en la actividad del sector primario¹⁹⁵, es decir, en su carácter industrial, agrícola, ganadero o extractivo del negocio, así como el establecimiento, generalmente, parece referirse primordialmente al ámbito comercial o de servicios de la actividad empresarial. Éste se conecta en mayor medida con el local donde se ejerce la actividad, mientras que la explotación se centra más en la obtención del fruto de la tierra o de los elementos naturales. Sin embargo, tanto la explotación como el establecimiento mercantil cabe integrarlos bajo la denominación de empresa, como lo hace el art. 149.1 Regla 3ª, por referencia a la Regla 1ª, como anteriormente dejamos indicado.

¹⁹² Art. 44.4LC. El juez podrá acordar, previa audiencia del deudor y los representantes de los trabajadores, “el cierre de la totalidad o parte de las oficinas, “establecimientos” o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, al cese o la suspensión, total o parcial, de ésta”.

¹⁹³ MORALEJO, N., “De las operaciones de liquidación”, cit., pp. 1600-1601.

¹⁹⁴ Para algún autor, establecimiento fijo es aquel en el que se realizan continuamente actividades de comercialización de productos naturales de sus explotaciones. Vid. MORALEJO, N., “De las operaciones de liquidación”, cit., p.1600. Otros consideran que el concepto jurídico de establecimiento no exige necesariamente que, en ese conjunto organizado, figure un local y que además se encuentre abierto al público. El establecimiento mercantil no es sólo un conjunto de elementos materiales y personales; es fundamentalmente una organización, o sea un conjunto organizado por el empresario para la producción o distribución de bienes o servicios. Vid. ROJO, A., “El establecimiento mercantil...”, cit., pp. 99-115.

¹⁹⁵ BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, en ROJO, A-BELTRÁN, E., *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, p. 2375. Las explotaciones agrícolas, ganaderas, forestales y pesqueras –LIVA arts. 125 y 127- son las que obtienen directamente productos naturales, vegetales o animales de sus cultivos explotaciones o capturas.

El art. 1056.2 del Código Civil, antes de su reforma, se refería a la explotación agrícola, industrial o fabril, al tratar de la indivisión por voluntad del testador. Actualmente, el nuevo párrafo modificado de este precepto trata de preservar indivisa mediante la conservación de la empresa, una explotación económica, ampliándose el marco de referencia de la explotación, a cualquier actividad económica y no sólo fabril, industrial o agrícola¹⁹⁶.

Los ALC 1959 y 1983 también se referían a la actividad agrícola, industrial o comercial del concursado, pero trascendían el concepto de explotación para referirse a la unidad u organización productiva o a la empresa unitaria, concebida como unidad económica. Las explotaciones industriales, aunque compuestas por bienes y derechos heterogéneos (fincas rústicas, secano, regadío, instalaciones ganaderas...), pueden ser calificadas según la LH de actividad unitaria y susceptible de inscripción única¹⁹⁷. Igualmente se utiliza el mismo criterio unitario para el arrendamiento de explotación¹⁹⁸.

En resumen, las explotaciones industriales, al igual que los establecimientos, pueden ser objeto del tráfico jurídico de forma unitaria (compraventa, arrendamiento, hipoteca, permuta.....), aunque estén compuestos bien de una pluralidad de bienes –inmuebles, instalaciones, semovientes- y derechos, bien de locales y sucursales, referidas a los establecimientos, ya que ambas acepciones se integran bajo la denominación de establecimientos y explotaciones económicas y, en definitiva, dentro de la más genérica acepción de empresa.

¹⁹⁶ Vid. Art. 1056.1, Cc modificado por la Disposición Final primera de la Ley 7/2003 1 de abril de la Sociedad Limitada nueva empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995 de 23 marzo de LSRL.

¹⁹⁷ Art. 8.2º LH. Cabe la inscripción en una sola finca de las explotaciones industriales que formen un cuerpo de bienes unidos o independientes entre sí.

¹⁹⁸ Art. 2 LAR 2003. Se entenderá que el arrendamiento es de explotación, ya esté constituida con anterioridad o al concertar el contrato, cuando sea ella objeto del mismo en el conjunto de sus elementos, considerada como una unidad orgánica y siempre que lo hagan constar las partes expresamente, acompañando el correspondiente inventario. Vid. MORALEJO, N., “De las operaciones de liquidación”, cit., p. 1601.

1.3 La unidad productiva autónoma o unidad económica

Los arts. 148 y 149 LC, al hablar de unidades productivas dan a entender dos realidades distintas. Una, la que puede identificarse con la unidad económica y, en definitiva, con la empresa¹⁹⁹, entendida de forma unitaria., al distinguir “cualesquiera otras unidades productivas de bienes y/o servicios...”-art. 148.1 y 149.1.1ª- y otra al referirse, esos mismos artículos a su división, a “la enajenación..., en su caso, de cada unidad productiva -art. 149.1.1ª- o “de alguno de ellos”, es decir, alguno de los establecimientos, explotaciones o unidades productivas –art. 148.1-. En la primera acepción, unidad productiva es como “el cajón de sastre” en el que cabe cualquier empresa que no sea un establecimiento o una explotación²⁰⁰. En la segunda acepción, unidad productiva se asemeja a la unidad autónoma de actividad, a la rama de actividad o al centro de trabajo, entendido en términos laborales.

Para el art 44 ET, centro de trabajo es el equivalente a unidad productiva autónoma, definiéndolo, a efectos de sucesión de empresa, como la “entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”; esta definición la recoge, en sus propios términos, el art. 149.2 LC para considerar lo que se entiende por sucesión de empresa y servir de base a una posible exoneración al adquirente de parte de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago.

La LIS, (art. 97.4), al tratar del régimen especial de fusiones, escisiones y aportaciones de activos, equipara unidad económica autónoma a rama de actividad,

¹⁹⁹ El derogado art. 253 LSA, disponía, al tratar la escisión parcial, que la parte del patrimonio social que se dividía o segregue, deberá formar una unidad económica. En el apdo. 2º se indicaba que esa parte “podrá estar constituida por una o varias empresas, o establecimientos comerciales, industriales o de servicios.....”

²⁰⁰ Exposición de Motivos (VII). La Ley procura la conservación de empresas o unidades productivas de bienes y servicios. Por otra parte, el art. 23.4 c) de la LIRPF, al referirse a la empresa o explotación económica, en los arrendamientos de negocio, indica que está constituida por una “unidad patrimonial” con vida propia y susceptible de ser explotada de forma inmediata. LEFEBVRE, F., “Memento Práctico Fiscal” 2007, nº 531, 1, p. 167.

cuando define a ésta como “el conjunto de elementos patrimoniales que constituyen desde el punto de vista de la organización una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica”. Y aclara más aún el concepto: “es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”.-

Retornando a la normativa laboral mediante la cual el centro de trabajo podía definirse también como “unidad productiva con organización específica” (art. 1.5 ET) se planteó la posibilidad de identificar unidad productiva autónoma con centro de trabajo. Para algunos, se hace referencia, incluso, a una unidad más reducida que el centro de trabajo, cuya base no es predominantemente espacial o geográfica –como sucede con el centro de trabajo– sino de “carácter funcional”²⁰¹ siendo, por tanto, susceptible de enajenación separada respecto al resto de unidades productivas o económicas de la empresa. En los arts. 148-149 LC no se indica que la unidad productiva, de carácter funcional, haya de ser autónoma; sin embargo, esta ausencia se salva en el art. 100 LC cuando, al prescribir los requisitos para incluir dentro del convenio las proposiciones de enajenación de los bienes empresariales del deudor o de alguna de sus unidades productivas, prescribe la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial propia de esas unidades productivas, es decir, con independencia del resto, con virtualidad diferenciada. Abundando en este criterio, la Dirección General de Tributos, en respuesta a varias consultas, ha resuelto que la unidad productiva autónoma o rama de actividad, parte de la existencia de una explotación económica de la que se desgaja, sin menoscabo de la existencia de dicha explotación, es decir, sin que su escisión conlleve la pérdida de un elemento esencial para la actividad de la matriz. “No hace falta que la actividad productiva autónoma sea de carácter externo; puede ser meramente interno”, con independencia de que los medios materiales y personales para la gestión de esa actividad sean propios o ajenos²⁰² Sin embargo, la escisión parcial de un local, donde desarrolla su actividad una sociedad que lo arrienda a la entidad escindida, el patrimonio escindido no se considera, a

²⁰¹ MORALEJO, N., “De las operaciones de liquidación”, cit., p. 1601.

²⁰² DGT, Consulta vinculante 4-10-99; DGT 14-04-04 y DGT Consulta vinculante 10-06-04.

efectos fiscales, una rama de actividad, ya que no es la unidad productiva de carácter funcional lo que se desgaja, sino el local , “como mera ubicación física”. 203

En resumen, y para finalizar este somero análisis de la cuestión, como escalón mínimo para hablar de empresa, deberemos referirnos a la rama de actividad o unidad económica autónoma de actividad, que cuenta con medios suficientes (bienes y derechos) para tener vida propia –incluso exclusivamente funcional- separada del núcleo de la empresa, compartiendo incluso ubicación física con otra u otras ramas de actividad (la sección de pintura o de ensamblaje de una fábrica de automóviles, por ejemplo) y aunque la maquinaria sea de titularidad ajena (arrendamiento financiero) y los medios personales estén contratados a una tercera entidad (empresa de trabajo temporal). La importancia en definir con precisión jurídica este escalón, de carácter mínimo e insoslayable, se traduce en lo trascendente de sus consecuencias, no sólo en cuanto a su posibilidad de enajenación (o de hipoteca mobiliaria), sino también, entre otras, por las consecuencias de carácter fiscal y laboral. Si se incumplen esos mínimos postulados no habría, por ejemplo, sucesión de empresa, ni subrogación del adquirente, por tanto, en las cargas salariales.

III.2 Solicitud y propuesta de liquidación concursal de la empresa

La liquidación concursal – ordinaria y seguramente anticipada por el carácter general del precepto que regula la solicitud de liquidación-²⁰⁴ no puede pedirse si, previa o

²⁰³ DGT Resolución de 23-07-02.

²⁰⁴ El tratamiento de la liquidación anticipada, se ha regulado en el art. once del R.Decreto-ley 3/2009 de 27 de marzo. Aunque en la LC se recoge un procedimiento abreviado –especialmente simplificado- (arts. 190 y 191 LC, dirigido a personas jurídicas que presenten Balance abreviado y su pasivo no supere los diez millones de euros), aplicable tanto a la fase común, como a la de convenio y de liquidación, siempre dentro del mismo procedimiento, en la *Loi de sauvegarde* francesa de 2005 se recoge la liquidación judicial simplificada, como procedimiento autónomo, con el objeto de acelerar el proceso y concluirlo en un periodo no superior al año, dirigido fundamentalmente a las PYMES con una cifra de negocios igual o menor a 750.000 euros y un máximo de 5 trabajadores, siempre que no haya inmuebles en su activo (art. L 641-2 párrafo 2º). *L’ordonnance* de 18 diciembre 2008 dispone la obligatoriedad de este procedimiento para el deudor que no alcanza dichos umbrales, siendo facultativo para quien los supere, siempre que cumpla el resto de condicionantes, especialmente la ausencia de inmuebles en su activo. Vid. una exposición detallada en PEROCHON F., “La liquidation judiciaire simplifiée”, *Revue des Procédures collectives*, nº 2 junio 2006,

simultáneamente no se ha solicitado por el deudor la declaración de concurso voluntario (art. 142.1.1º LC). Parece que la solicitud de concurso del deudor, considerada de carácter necesario- por presentación en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud de otra por cualquier legitimado, que hubiera desistido, no comparecido o no se hubiera ratificado (art. 22.2 LC)- no debiera ser obstáculo para que pueda igualmente pedir la liquidación. Lo mismo cabría postular si el deudor emplazado, caso de solicitud de concurso practicada por acreedores u otros legitimados y admitida a trámite, se allanase (art. 18.1 LC) e incluso instase su propio concurso, antes de ser emplazado por el juez (art. 18.1, último inciso LC).

La solicitud de concurso es, por tanto, condición necesaria para que el deudor pueda pedir la liquidación.²⁰⁵ Obviamente la solicitud de liquidación decae si el juez desestima la solicitud de concurso, una vez que el auto desestimatorio haya adquirido firmeza (art. 20.1 LC). Pero si el concurso se declara, mediante resolución firme, la solicitud del deudor no podrá ser desestimada por el juez durante todo el periodo de la fase común del concurso. Más aún; una vez finalizado el plazo de impugnación o, en su caso, de manifestación de los textos definitivos del inventario y lista de acreedores, el juez – constante la voluntad del deudor de mantener la solicitud de liquidación ordinaria- debe dictar auto, abriendo la fase de liquidación (art. 142.2 LC). En la liquidación anticipada, la apertura de la liquidación estará supeditada a la aprobación por el juez del programa de liquidación, la cual, generalmente, ocurrirá sin haberse aprobado todavía los textos definitivos del inventario y la lista de acreedores.

pp. 191-199. SALGADO M.-B., “Des nouvelles dispositions applicables aux entreprises en difficulté issues de l’Ordonnance du 18 décembre 2008”, *Droit des Affaires*, nº 35 febrero 2009, pp. 25-30.

²⁰⁵ En el ALC 1983, con un único procedimiento de concurso de acreedores, la solución convenida era preferida, de tal modo que la apertura de la liquidación por el juez sólo tenía lugar una vez que se hubiera constatado el fracaso del convenio y siempre, además, que no se impusiese la gestión controlada (arts. 241-243). En la Propuesta de ALC 1995, con el planteamiento de dos procedimientos diferenciados, convenio y liquidación se sitúan como soluciones alternativas. El deudor podrá pedir la apertura de la liquidación en la propia solicitud de concurso voluntario o en la comparecencia previa a la declaración de concurso necesario (art. 182). Vid. BELTRÁN, E., “Apertura de la liquidación a solicitud de deudor y acreedores”, en ROJO, A.,-BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid 2004, p. 2296.

Aunque en la Exposición de Motivos (VI) se propugna el convenio como solución normal del concurso, fomentando con diversas medidas el acuerdo a través de la autonomía de voluntad de las partes, la Ley concede al deudor la facultad de una solución liquidatoria del concurso (VII) que, de hecho, cierra la vía –de modo definitivo- al propósito primordial de la LC, cual es el convenio, cuando el deudor pide la liquidación con la solicitud de concurso voluntario o, como antes hemos expuesto, en los estadios iniciales predeclarativos del concurso. El juez, si el deudor pide la liquidación, en estos supuestos, está maniatado legalmente para evitarla –ya que no se precisa presentar título alguno para incoar su petición-, salvo que desestime la solicitud de concurso. Si el juez pronuncia auto de declaración de concurso, una vez que éste haya adquirido firmeza, no hay posibilidad alguna (salvo mediante el procedimiento, sólo en manos del deudor, que más adelante expondremos) de llegar a un convenio²⁰⁶. Tienen razón, a nuestro parecer, quienes indican que se ha dejado en manos del deudor la liquidación de su patrimonio al margen de la posible viabilidad de la empresa, ya que anudar la solicitud de liquidación a la de concurso, cuando ésta última se fundamente en insolvencia inminente, comporta la apertura de la fase liquidativa en entidades recuperables, sin posibilidad de su demostración, vía convenio²⁰⁷.

²⁰⁶ En teoría, no debiera generalmente haber perjuicio para los acreedores en la apertura de la fase de liquidación, al implicar la formación de la sección de calificación del concurso, siempre que la sentencia que recaiga califique el concurso como culpable y condene a los administradores o liquidadores que ostentasen el cargo dos años antes de la declaración del concurso a pagar el importe de los créditos no percibidos mediante la liquidación. El problema reside en la calificación como culpable de los concursos, ya que el 88% en 2005 y el 77% en 2006 fueron declarados fortuitos. Vid. pág. Web del Consejo General del Poder Judicial.

²⁰⁷ Se critica por parte de la doctrina la amplia autonomía concedida al deudor en materia de liquidación, ya que con ello se distorsiona la función de la liquidación, dentro del sistema de eliminación de deudores no recuperables y se coloca al deudor en una posición negociadora frente a sus acreedores, ya que si no aceptan su propuesta de convenio, podrían verse inmersos no sólo en un procedimiento concursal, a cuya declaración, a solicitud del deudor no pueden oponerse, sino además a una liquidación en la que la posibilidad de los acreedores –al menos los ordinarios y subordinados- de ver satisfechos sus créditos son remotas. Criterio reforzado en la liquidación anticipada, ya que el plan de liquidación está diseñado por el propio deudor. PULGAR EZQUERRA, J., “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, en AAVV dirs. GARCÍA VILLAYERDE, R.,-ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J., *Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal*, Ed. Dilex, Madrid 2003, pp. 435-481.

La elección legal –convenio o liquidación-, deja en manos del deudor la posibilidad de continuar la empresa, mediante un acuerdo pactado con los acreedores o bien proceder a la liquidación del patrimonio empresarial; y ello, con independencia de la recuperabilidad de la empresa. La opción a elegir no bascula tanto entre liquidación o conservación, sino en cómo satisfacer a los acreedores por una u otra vía, a elección del

III. 3 Liquidación ordinaria y liquidación anticipada

3.1 Consideraciones generales

En el tratamiento que de la liquidación se hacía en la LC, parecía un contrasentido permitir al deudor proponer su presentación desde la solicitud de declaración de concurso, con la obligación de acompañar propuesta de plan de liquidación, para dejarla en vía muerta –quizá con la esperanza de su revocación para retomar el camino de una solución convenida- sin que se dispusiera en algún momento de la fase común su admisión a trámite y sin evaluar siquiera la propuesta del plan presentado, obligándose, por el contrario, a incorporar al informe de la administración concursal el escrito de evaluación de las propuestas de convenio presentadas. No se dejaba abierto camino alguno para proceder con celeridad a la apertura de la fase de liquidación, constante la voluntad liquidativa del deudor. Por el contrario, se impedía la posibilidad de un convenio, solución proclamada en la Exposición de motivos de la LC como la normal del concurso, al no poder presentarse propuesta alguna, bloqueadas por la solicitud de liquidación del deudor.

La experiencia de más de un lustro en la puesta en práctica de la normativa concursal ha demostrado que la mayoría de los concursos terminan en liquidación de la entidad concursada²⁰⁸, habiéndose perdido, en el transcurso del procedimiento, un tiempo vital para conseguir –por lo que a las empresas se refiere- maximizar su valor, sobre todo en la transmisión en globo del activo empresarial, deteriorado en no pocas ocasiones por la propia dinámica concursal, incluso con la empresa en actividad. Si a ello añadimos la

deudor. Hasta el punto de poder solicitar la liquidación -basándose la petición de concurso en insolvencia inminente- sin que haya podido comprobarse la futura situación económica de fondo y, por tanto, sin condicionarse la apertura de la liquidación a la situación de inviabilidad de la empresa HERRERA CUEVAS, E., “La liquidación”, en *Manual de Reforma Concursal*, Europea de Derecho, Ed. Jurídica 2004, pp. 544 -546.

²⁰⁸ Como anticipábamos en la valoración crítica a la luz del Derecho Comparado (II,2), en 2008 de los 458 autos de apertura, 424 (92,6%) fueron de la fase de liquidación siendo 34 los correspondientes a la fase de convenio. En 2009 todavía el porcentaje de los autos de apertura en fase de liquidación fue mayor: 97,7 % (es decir 2.602) de un total de 2.664, abriéndose la fase de convenio sólo en 62 concursos (2,3% del total de autos de apertura), Vid. pág. Web, sobre Estadística, en Registro Mercantil Central.

actual regulación liquidatoria en la normativa concursal comparada (Alemania, Francia, Italia, Portugal) en la que se contempla la posibilidad de liquidar la masa activa, aún antes de que se tenga por definitiva la lista de acreedores, sin dejar pasar la oportunidad de cristalizar su enajenación si se presentase una oferta ventajosa a los intereses del concurso, ha movido al legislador a incorporar una vía, similar a la del convenio, que anticipase la apertura de la liquidación a la manifestación definitiva de los textos de inventario y lista de acreedores, dispuesta en el apartado 2 del art. 142 LC para la solicitud de liquidación ordinaria.

Por ello, ante la “inadecuación comprobada”, entre otras, de las normas sobre apertura de liquidación, se incluye en el art. 11 del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, un nuevo artículo -142 bis- por el que se regula la liquidación anticipada, con el fin de “agilizar los trámites procesales y reducir los costes de tramitación” de manera que el procedimiento concursal sea “menos costoso y más ágil y eficiente en sus resultados”, como recoge la Exposición de Motivos del R. Decreto-ley²⁰⁹.

El precepto que recoge la liquidación anticipada²¹⁰ no figura en Sección separada, como se articula la propuesta anticipada de convenio (Sección 3ª, Capítulo I, Título V), sino que se traspone en la misma Sección 1ª “De la apertura de la fase de liquidación”, dentro del Título V, Capítulo II “De la fase de liquidación”, inmediatamente unido al artículo 142, que desarrolla la apertura de la liquidación a solicitud del deudor o de acreedor.

²⁰⁹ GARCÍA-CRUCES-LÓPEZ SÁNCHEZ se preguntan si se trata sólo de anticipar la liquidación o debe extenderse a precisar un plan de liquidación de la masa activa. Aunque la terminología del art. 142 bis apartado 1 –presentación de una propuesta anticipada de liquidación– aboga por la primera opción, al establecer que tal propuesta anticipada se someterá a evaluación de la administración concursal, así como en su apartado 2 que el juez aprueba el plan de liquidación, concluye el autor afirmando que “se da a entender que la propuesta anticipada de liquidación debe contener también una propuesta de plan de liquidación”. GARCÍA –CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “La liquidación anticipada”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. – LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal*. Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 141.

²¹⁰ Juntamente con la norma sobre liquidación anticipada se ha modificado el art. 75 apartado segundo, número 3 de la LC para incluir en la documentación que se acompaña al informe de la administración concursal a presentar al juez, el escrito de evaluación de la propuesta anticipada de liquidación que se hubiere presentado.

El deudor recobra protagonismo, al ser su propuesta de liquidación la que se evalúa o modifica por la administración concursal y no al revés, como ocurre con el plan de liquidación que presenta ese organismo en la liquidación ordinaria. Sin embargo, el papel de los acreedores está reducido a formular observaciones –ni siquiera propuestas- a la proposición anticipada de liquidación; el juez no resuelve en función de ellas, sino tan solo “a la vista” de las mismas.

Las RLS recobran aquí un cierto papel preponderante –tan deseado por alguna corriente doctrinal-, si bien que minimizado, ya que la norma no dispone que el juez “deba ajustarse a las Reglas” –como se regula en el art. 149 LC para el caso de no aprobarse un plan de liquidación- sino que simplemente “las tendrá en cuenta” como referencia a la hora de resolver, siempre y cuando –y esta precisión nos parece de suma importancia- no haya contradicción con los intereses del concurso, ya que éstos deben actuar de contrapeso a la hora de enjuiciar el juez el plan de liquidación y las observaciones formuladas, teniendo en cuenta las RLS²¹¹.

La aprobación del plan de liquidación, juntamente con la apertura de la fase de liquidación anticipada, con anterioridad a la manifestación de la lista definitiva de acreedores, acorta en verdad el procedimiento, sin restar seguridad jurídica a las operaciones de liquidación, ya que los acreedores ni siquiera constituyen un órgano decisorio en la aprobación del plan, ni su función pasa de presentar observaciones al mismo. Sin embargo, anticipar la liquidación a una posible impugnación del inventario, sobre todo si se refiere a bienes o derechos, cuya eventual exclusión puede comportar importantes o irreparables perjuicios –por ser esenciales- a la enajenación de la empresa unitaria o de alguna de sus ramas autónomas de actividad, no ayuda a dar seguridad jurídica a las operaciones de enajenación.

²¹¹ Similar criterio sostiene HUALDE al indicar que “el art. 142 bis. 2 no autoriza al órgano concursal a dar entrada a las RLS, contrariamente a lo que sucede en el seno de la fase de liquidación del concurso, en que tiene reconocida esa facultad cuando se hayan formulado observaciones o propuestas de modificación al plan (art. 148. 2)”. HUALDE LÓPEZ, I., “La liquidación anticipada”, en CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a la Ley Concursal*, T.II, 2º edición, Cizur Menor (Navarra) 2010, p. 401.

Pensamos que se ha desaprovechado la oportunidad de agilizar el procedimiento, cuando el plan de liquidación anticipada –también en su vertiente ordinaria- incorpore la modificación sustancial de las condiciones laborales y de suspensión o extinción colectiva de las mismas, no sólo por lo que a su tramitación se refiere (ahora, una vez declarado el concurso y no con su solicitud, con la cual puede presentarse una propuesta anticipada de liquidación, pero no se puede iniciar los trámites del expediente laboral hasta que el concurso sea declarado), sino, y sobre todo, porque “los plazos establecidos en el art. 64 LC, pueden demorar considerablemente la anticipación de la liquidación e incluso imposibilitar su formulación”²¹².

Además, quizá se haya desaprovechado la ocasión de eliminar la dualidad de liquidaciones –anticipada y ordinaria- dejando en libertad a la sociedad deudora de solicitar la liquidación incluso hasta diez días después de aprobado judicialmente el convenio, siempre que éste no hubiera sido presentado por ella o le hubiera prestado conformidad, si bien –como analizaremos- habría que dilucidar, en tal caso, quien debiera presentar el plan-propuesta de liquidación, ya que en la apertura de la fase de liquidación ordinaria lo lleva a cabo la administración concursal, mientras que en la liquidación anticipada esa propuesta la presenta la entidad deudora; quizá fuera posible solventar la disyuntiva permitiendo que la solicitud de liquidación pudiera igualmente efectuarse por la administración concursal –sobre todo en caso de cese de la actividad- presentando este órgano concursal el plan de liquidación.

Normativa comparada sobre liquidación anticipada

El precepto que analizamos tiene precedentes en la mayoría de las legislaciones concursales en vigor al anticipar la liquidación a la lista definitiva de acreedores, con el fin de maximizar la satisfacción de los acreedores, disminuir el deterioro de sus instalaciones, asegurando a la vez la actividad viable de la empresa.

²¹² GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.-LÓPEZ SÁNCHEZ J., “La liquidación anticipada”, cit., p 152.

En la *InsO* alemana, una vez presentado el informe por el administrador de la insolvencia y aprobada la rápida realización del patrimonio del deudor (§ 152 III), el administrador debe liquidarlo sin demora, en la medida en que el acuerdo de la Junta de acreedores, por mayoría de créditos admitidos, no lo impida (§159), una vez solicitada a la Comisión de acreedores autorización para aquellos actos jurídicos de particular relevancia, como la enajenación de la empresa en su totalidad (§160). Entre los acreedores con derecho a voto en la Junta no figuran los impugnados –y no habilitados en la propia Junta- por el administrador de la insolvencia o por un acreedor admitido (§77). De esta forma, la lista definitiva de acreedores estará formada por los créditos inicialmente admitidos más los incorporados mediante la resolución firme de su admisión (§183), lo cual puede acontecer una vez realizada la venta de la empresa y, en consecuencia, sin posibilidad de haber conformado la mayoría de créditos definitivos para aprobar o impedir la liquidación del patrimonio del deudor.

En el Reino Unido la Ley de Empresas de 2002, en su párrafo 111-2, permite actuar al administrador antes de celebrar junta de acreedores, cuando exista una oferta realizada por algún potencial comprador, que pueda considerarse muy positiva y cuya decisión deba adoptarse con urgencia. En tal caso, el administrador informará a posteriori a la junta de los motivos de su actuación y las consecuencias que de ella se han derivado.

El vigente Código de Insolvencia portugués, en su artículo 158, dispone que, una vez analizado el informe del administrador en la Asamblea de acreedores, y salvo su oposición, el administrador –con independencia de la verificación del pasivo- procede a la venta inmediata de los bienes de la masa de la insolvencia, con consentimiento de la Comisión de acreedores –o, en su defecto, de la Asamblea- cuando se trate de enajenar la empresa o sus establecimientos, la cual debe venderse como un todo, salvo propuesta más ventajosa en su venta por partes (art. 162).

La Ley francesa de salvamento de las empresas de 2005, contempla la liquidación anticipada de la empresa en su art- 642-2, I –obviando su procedimiento ordinario- cuando el Tribunal prevea la cesión total o parcial de la empresa y las ofertas de compra

recibidas por el administrador persigan el mantenimiento de la actividad de la empresa, cumplan las condiciones previstas en dicho artículo y sean satisfactorias, procediendo el liquidador judicial a las operaciones de liquidación al mismo tiempo que comprueba los créditos (art. L.641-4) y, por tanto, sin la existencia todavía de un elenco definitivo de acreedores.

Y el art. 104 ter de la *Riforma dalla legge fallimentare* italiana, recoge la liquidación anticipada cuando dispone que, una vez transcurridos 60 días de la redacción del inventario, sin que sea definitiva la lista de acreedores, “antes de la aprobación del programa (de liquidación), el curador puede proceder a la liquidación de los bienes, previa autorización del juez delegado, oído el Comité de acreedores si ya se hubiera nombrado, sólo cuando del retraso pueda derivarse perjuicio a los intereses de los acreedores”.

III.4 Enajenación preliquidativa de bienes y derechos

Diversas resoluciones judiciales, interpretando lo dispuesto en el art. 43.2 LC sobre la posibilidad de enajenar bienes y derechos de la entidad concursada durante la fase común del concurso y hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, consideran su aprobación, siempre que la venta tenga una finalidad conservativa y no liquidativa, evitando que estos actos se traduzcan en una liquidación anticipada del patrimonio del concursado.²¹³ La resolución del Juzgado Mercantil nº 2 de los de Madrid, en Auto de 2 de marzo de 2006, precisa la urgencia como nota característica de la finalidad conservativa, que concilia más con la enajenación directa (como se posibilita la realización de los bienes y derechos afectos a privilegio especial. Art. 155. 4 LC) que aplicando las disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio (art. 149.1. 3ª LC), ya que la dilación que supone utilizar esa vía puede malograr la operación de venta, comporta un incremento de gastos, siendo capaz de absorber cualquier virtual mejora en el

²¹³ Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid de 23 mayo 2005 y 2 marzo 2006 y Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid de 11 octubre 2005 recogidas en PRIETO GARCÍA NIETO, I., *Legislación concursal con concordancias resoluciones judiciales sistematizadas y formularios*, DAPP 2007, p. 87.

precio que el sistema de pública licitación pudiera propiciar²¹⁴. En algunas sentencias²¹⁵ se aboga más por el interés del concurso, como finalidad de esas enajenaciones, entendido como maximización de los activos con que hacer pagos a los acreedores.

Aunque el art. 43 está incardinado en el epígrafe “conservación y administración de la masa activa”, lo cual parece dirigir su contenido hacia una finalidad conservativa, el contenido de la enajenación: “los bienes y derechos que integran la masa activa” es en todo coincidente con lo que dispone el art. 148 sobre el plan de liquidación, dentro del epígrafe “operaciones de liquidación”. ¿Cómo actuaría el juez ante una propuesta de compra de la empresa en su conjunto a un precio igual o superior al de mercado, planteada por la administración concursal en la fase común del concurso? En la actualidad, y con la posibilidad habilitada a la deudora de solicitar una propuesta anticipada de liquidación hasta quince días después de la presentación del informe al juez la respuesta no sería dudosa. El juez, o directamente la administración concursal, debería poner en conocimiento del deudor la propuesta de compra con el fin que estudiase la posibilidad de plantear la liquidación anticipada, ya que es la única persona legitimada por la ley para proponer su anticipación. De esta manera se conjuga la urgencia en la actuación con la utilización de la liquidación anticipada para favorecer los intereses del concurso. Actuar de otro modo, considero que sería motivo de impugnación, ya que una cosa es la enajenación de, por ejemplo, unos terrenos, una maquinaria o parte de un stock que no afectan directamente a la actividad de la empresa, y con cuyo líquido se resuelven problemas perentorios de tesorería, que la venta unitaria de la empresa, con lo que ello supone desde el punto de vista de los acreedores, del deudor y de los trabajadores, a quienes se les despojaría de su derecho de propuesta de observaciones o modificaciones a la enajenación proyectada. Sin olvidar la tramitación legalmente necesaria de los expedientes de extinción o suspensión colectiva de los contratos de trabajo, de acuerdo con el art. 64 LC, así como la presentación de posibles ofertas que superasen la cuantía y las condiciones del actual oferente.

²¹⁴ PRIETO GARCÍA NIETO, I., *Legislación concursal*, o.c., p. 88.

²¹⁵ Sentencias de los Juzgados de lo Mercantil de Córdoba (25 julio 2005) y Alicante (19 junio 2006) recogidas en LÓPEZ APARCERO, A., *Doctrina judicial sistematizada sobre la Ley Concursal. Selección jurisprudencial de los Juzgados de lo Mercantil*, Thomson-Civitas, 2006, p. 111.

Por ello, considero que la finalidad de la enajenación que brinda el art. 43. 2 LC debiera ser tan solo conservativa, proyectando la liquidación anticipada de la empresa o de sus ramas autónomas de actividad por los cauces legales habilitados en el art. 142 bis de la LC.

III.5 Sujetos legitimados para solicitar la liquidación concursal de la empresa en sus vertientes ordinaria y anticipada

5.1 El deudor

5.1.1 En la solicitud-propuesta de liquidación anticipada

El deudor es el único sujeto que puede presentar una solicitud-propuesta anticipada de liquidación²¹⁶. Deudor que tratándose de una persona jurídica – como se analizará al tratar de la solicitud voluntaria de liquidación ordinaria- opinamos que debiera ser su máximo órgano de gobierno (Junta General de socios, en las sociedades de capital) el único habilitado para adoptar la decisión, ya que no existe el deber de su presentación (como ocurre, sin embargo, en caso de su petición, vigente convenio, al conocer la imposibilidad en el cumplimiento de los pagos), sino que su solicitud reside en la sola voluntad del deudor. Una vez autorizada por la Junta de socios, el Administrador de la Sociedad o el Consejo de Administración, en su caso, será quien ejecute la decisión adoptada,

²¹⁶ La exclusiva atribución al deudor de la facultad de anticipar la liquidación es criticada por algunos sectores doctrinales. Para ALCOVER GARAU, la regulación de la liquidación anticipada adolece de graves errores de política jurídica que se derivan de dejar la iniciativa del procedimiento en manos exclusivas del deudor, pudiendo otorgarle un incentivo perverso de intentar conseguir algún beneficio de los acreedores concursales a cambio de no retrasar en perjuicio de éstos una inevitable liquidación. ALCOVER GARAU, G., “Aproximación al régimen jurídico de la liquidación anticipada”, RcP nº 11/2009, pp. 78-80. Según GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ-LÓPEZ SÁNCHEZ sorprende esa medida, al configurar la LC como facultades distintas la solicitud de liquidación y su anticipación, ya que la diversidad de plazos en su presentación constituye un indicio de que los arts. 142 y 142 bis regulan dos diversas facultades. Además, el art. 142 bis no ha atribuido carácter anticipado a todas las solicitudes de liquidación presentadas por el deudor en plazo, sino únicamente a las que solicite con propuesta anticipada de liquidación. De tal forma que el deudor podría instar la solicitud de liquidación y presentar en base al art. 6.4 LC una propuesta de liquidación y más adelante, puede instar la liquidación anticipada reproduciendo el plan ya presentado o incluso haciendo valer uno nuevo. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J., A-LÓPEZ SÁNCHEZ J., “La liquidación anticipada”, cit., pp. 143-144.

presentando ante el juez la propuesta. Propiamente no parece haber una solicitud de liquidación anticipada, pues lo dispuesto en la norma es la presentación de una propuesta que, en sí misma, implica la solicitud anticipada de la liquidación, ya que el juez, al aprobar el plan de liquidación, acuerda en el mismo auto de aprobación, la apertura de la fase de liquidación²¹⁷.

El deudor, mediante esta propuesta, parece estar cerrando la posibilidad a cualquier convenio. No definitivamente, ya que, ante el rechazo de la propuesta por el juez, no se abre automáticamente la fase de liquidación ordinaria y por tanto, opinamos, quedaría expedita la vía del convenio. Sin embargo, la decisión de proponer una liquidación anticipada –por la perentoriedad del procedimiento- implica una actitud más incontestable que la mera solicitud de liquidación ordinaria la cual, durante el desarrollo de la fase común, puede revocarse con el fin de proponer un convenio o adherirse al que pudieran presentar los acreedores. De todas formas, tampoco es descartable la revocación de la liquidación anticipada, ya que, al no estar expresamente obligada su admisión a trámite, ni prohibida su revocación, nada imposibilita al deudor revocarla, al haber llegado, por ejemplo a un principio de acuerdo con la mayoría de los acreedores, para formalizar un convenio.

Cabe indicar que no se han hecho extensivas al deudor las prohibiciones –sustancialmente recortadas por el art. 10.Cinco del R. Decreto-ley 3/2009- que, para la propuesta anticipada de convenio, se recogen en el art. 105 LC²¹⁸. Quizá éste sea también un nuevo factor que facilite a determinados concursados la presentación de una propuesta de liquidación anticipada, adelantándose a una previsible falta de adhesión mayoritaria a

²¹⁷ La presentación de una propuesta de liquidación anticipada implícitamente presupone una solicitud de liquidación, si bien la imprecisa redacción de la norma dificulta su apropiada interpretación. Propuesta voluntaria de un plan de liquidación en contraposición a la impuesta en el art. 6.4 LC para el caso –aquí sí- de petición de liquidación juntamente con la solicitud de declaración de concurso voluntario.

²¹⁸ Se reducen las prohibiciones a las contenidas en los nn. 1º y 2º del apartado primero del art. 105, es decir a quienes hubieran sido condenados por sentencia firme por delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública, Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores y aquellos que hubieran incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

su propuesta anticipada de convenio²¹⁹ o a la tramitación de propuestas de convenio presentadas por acreedores, que no satisfagan sus aspiraciones, sin esperar a una liquidación ordinaria solicitada por el propio deudor o abierta de oficio, con la que perdería la gran ventaja que supone presentar su propio plan de liquidación, sin estar supeditado al que deberá elaborar la administración concursal en la fase de liquidación ordinaria, simplificando además la tramitación del procedimiento mediante esta vía.

El deudor, sobre todo si obran en su poder o puede conseguir en breve plazo ofertas de adquisición de la empresa como un todo o por ramas de actividad que le resulten ventajosas, podrá presentar una propuesta anticipada de liquidación con bastantes posibilidades de alcanzar una resolución judicial favorable, siempre que las ofertas de compra que tenga en cartera aseguren la continuidad en la actividad de la empresa o de sus ramas autónomas, con un colectivo de trabajadores que de firmeza a su viabilidad y que consiga la satisfacción de los acreedores (lo cual, normalmente, será más factible que si la liquidación de la empresa se demora en el tiempo). No hay que olvidar, además, la formación de calificación del concurso, en todos los supuestos liquidativos, ya que, si su calificación fuera culpable, pudiera suponer una condena a los administradores, incluso de hecho (que afectaría por tanto a los accionistas que lo sean) – al pago de aquella parte de los créditos que no fueran satisfechos con la liquidación de la masa activa. La rapidez en la enajenación de la empresa o sus ramas de actividad puede suponer en muchas ocasiones mejorar su precio de venta, máxime si el concursado tiene ya alguna oferta razonable de algún posible adquirente y, en consecuencia, minorar la posible sanción pecuniaria a recaer en los administradores.

²¹⁹ A la propuesta anticipada de convenio, presentada con la propia solicitud de concurso voluntario, le basta actualmente para su admisión a trámite la adhesión de una décima parte del pasivo presentado por el deudor y no una quinta parte, como se disponía en la redacción anterior (art. 106.1.1 LC, modificado por el art. 10.Seis del R.Decreto-ley 3/2009). Esta mayor facilidad para conseguir su admisión a trámite, puede, sin embargo, ampliar la posibilidad de no lograr la mayoría de adhesiones postuladas por la nueva redacción del art. 124 LC.

5.1.2 En la solicitud de liquidación ordinaria

El deudor es el sujeto principal, aunque no exclusivo, de la solicitud de liquidación concursal ordinaria. Por lo que se refiere a la empresa, será el empresario individual o el empresario persona jurídica en cualquiera de las fórmulas asociativas –civiles o mercantiles- que recogen los arts. 1670 Cc y 81 RRM.²²⁰ Los acreedores pueden también solicitar la liquidación, vigente convenio, bien por ausencia de solicitud del deudor (art. 142.4 LC), en función de la existencia de unos hechos tasados, bien indirectamente, solicitando la declaración judicial de incumplimiento del convenio (art. 140 LC), que puede dar lugar a la apertura de la liquidación, si se declarase por resolución judicial firme su incumplimiento (art. 143.1, 5º LC).

Es en la Propuesta de ALC de 1995 donde por primera vez se hace mención a la petición de liquidación del deudor, junto con la solicitud de concurso (art. 182), debiendo el juez, en tal caso, ordenar la liquidación de la masa activa; quizá su inclusión se deba al influjo de lo preceptuado en la actualmente derogada ley francesa sobre saneamiento y liquidación judicial de empresas de 1985 y la Ordenanza alemana de insolvencia de 1994²²¹, acerca de la legitimación del deudor para iniciar la apertura del procedimiento de insolvencia, si bien en ambos ordenamientos, tal solicitud no sólo da paso a la liquidación, sino también a la continuación, saneamiento y conservación de la empresa (solicitud de apertura que, en el caso alemán, puede retirarse hasta la apertura del procedimiento o hasta que la misma sea rechazada en firme (§ 13 *InsO*).

De esta manera, el deudor, mediante la facultad concedida por la ley, sin otro requisito que la solicitud de concurso, sin causa manifestada que sirva de condicionante a su petición de liquidación, aboca al juez, una vez haya adquirido firmeza el inventario y la lista de acreedores, a dictar auto poniendo fin a la fase común de concurso, abriendo la

²²⁰ Vid. Sociedades civiles (arts. 1665-1708 Cc); empresarios (arts. 1-24 Ccom) y, en especial, la legislación de las Sociedades de capital anónimas y de responsabilidad limitada.

²²¹ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Las soluciones al concurso de acreedores...” cit., p. 469.

fase de liquidación (art. 142.1, 2º LC)²²². Esta facultad omnímoda del deudor, que analizaremos más adelante, cercena de raíz las aspiraciones del legislador de fomentar la satisfacción de los acreedores mediante el acuerdo con el deudor que supone el convenio, contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de gran amplitud.

Así pues, la voluntad del deudor prevalece, en este supuesto, a la voluntad del conjunto de acreedores concursales, quienes se ven, en buena parte, burlados, no sólo por la posibilidad de acordar en junta de acreedores un convenio en el que, por mayoría (art. 124 LC) deciden aceptar una propuesta, sino que se les cierra también el camino de la adhesión (arts. 108-109 LC) a una hipotética propuesta anticipada de convenio, a presentar por el deudor concursado (art. 104 LC) e incluso a una posible enajenación pactada de la empresa a un adquirente solvente y con deseos de sacar adelante la entidad, en la que estarían los acreedores formando parte del pasivo de la misma (art. 100.2 LC) con más garantías, posiblemente, de recuperar todo o parte de sus créditos que en la opción liquidatoria. Se argüirá que los acreedores pueden presentar observaciones o propuestas de modificación al plan de liquidación a presentar, una vez abierto el proceso liquidativo. Pero, obviamente, esta vía no admite comparación con las posibilidades antes expuestas, ya que tan solo les cabe la formulación de propuestas, que quizá puedan ser recogidas, si lo estima el juez, y el incierto recurso de apelación, contra el auto judicial que las desestime, en todo o en parte. (art.148.2 LC).

El peligro de esta solución, adoptada por el legislador español en la fase inicial del concurso, radica en su utilización, solicitado el concurso por insolvencia inminente, para instar la liquidación, llegándose a su apertura sin constatarse fehacientemente por el juez el hecho cierto de la insolvencia, pudiendo tratarse de una situación transitoria de

²²² En la solicitud-propuesta de liquidación anticipada, el juez no está supeditado a una solución predeterminada por la sola voluntad del deudor, es decir a la apertura de la fase de liquidación, ya que está en sus manos aprobar o rechazar la liquidación anticipada. El rechazo, en su caso, no atañe sólo a la propuesta o plan de liquidación, sino que simultáneamente se rechaza la misma apertura de la fase de liquidación.

iliquidez²²³. Más aún, el deudor puede utilizar la solicitud de liquidación por “otras razones”²²⁴ espurias, para conseguir una solución preconcursal favorable de sus acreedores o, incluso, instado el concurso, un convenio más positivo para sus intereses del que hubiera conseguido en un pacto interpartes no condicionado por la perspectiva liquidatoria.

Además, la iniciativa del deudor solicitando la liquidación evita que se apruebe un convenio no formulado ni aceptado por él y que no le resulta satisfactorio (art. 128.3 LC)²²⁵, aunque hubiera sido aprobado por la junta de acreedores.

Todo ello ratifica que la liquidación no es para la Ley Concursal una solución subsidiaria *in extremis* que sólo opera ante la imposibilidad de conseguir o ejecutar un convenio²²⁶, ya que, si bien en la Exposición de Motivos (VI) se expresa que el convenio es la solución normal del concurso, la liquidación se configura (Exp. de Motivos VII) como una solución alternativa a la de convenio, pues se concede al deudor la facultad de optar por cualquiera de las dos soluciones. Esta opinión se ha visto ratificada por la inclusión en la LC de la liquidación anticipada (art. 142 bis. R. D. L. 3/2009 de 31 de marzo), que deja incluso sin efecto propuestas de convenio admitidas a trámite, cuando resulte aprobado judicialmente el plan presentado en su propuesta de liquidación.

La liquidación es subsidiaria cuando se procede a su apertura de oficio o a solicitud de acreedor, pero en modo alguno lo es cuando quien la solicita es el deudor (salvo cuando la ley le obliga-vigente convenio-a pedirla por causa de incumplimiento; art. 142.3 LC). Si la

²²³ MANZANO, M.A., “La liquidación”, en AAVV, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.,-SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., coords., *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Barcelona 2004, p. 626.

²²⁴ TORIBIOS FUENTES, F., “De la apertura de la fase de liquidación”, en SÁNCHEZ CALERO, J.,-GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo III, Ed. Lex Nova 2004, pp. 2535 ss.

²²⁵ DE LA CUESTA RUTE, J.M., “La fase de liquidación”, en MAIRATA, J., coord., *Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2004, p. 250. HERRERA CUEVAS, E., “Manual de la Reforma Concursal. La liquidación”, cit., p. 545.

²²⁶ Para PULGAR, sin embargo, la solución liquidativa se configura en la reforma como una solución subsidiaria *in extremis*, que sólo opera cuando no se alcanza o se frustra la ejecución de un convenio, que es la solución natural del concurso. PULGAR EZQUERRA, J., “Las soluciones al concurso de acreedores...”cit., p. 469.

voluntad del legislador hubiera sido el tratamiento de la liquidación solicitada por el deudor como una solución subsidiaria, nunca hubiera permitido que su petición pudiera llevarse a cabo juntamente con la solicitud de concurso, ya que esa petición frustra la posibilidad de presentar un convenio. El juez, si el deudor solicita la liquidación, nada puede hacer por evitarla, ya que no se le impone al deudor fundamentar su petición en causa alguna. Si el juez pronuncia el auto de declaración del concurso y éste adquiere firmeza, constante la solicitud de liquidación del deudor, no hay posibilidad alguna de llegar a un convenio. Resta indicar que, aunque hubiera sido preferible no dar paso legalmente a la solicitud de liquidación, sin que se hubiera podido analizar por los acreedores una propuesta anticipada de convenio o haber dejado que el deudor estudiase las propuestas de convenio que pudieran plantear los acreedores, no ha sido ésta, sin embargo, la vía adoptada en la Ley Concursal.

Analizando la cuestión desde una vertiente empresarial, la decisión sobre la solución liquidativa de la empresa,²²⁷ cuando el deudor tiene la calificación de empresario, se deja en sus manos, con independencia de la recuperabilidad de la empresa. El deudor ostenta un derecho subjetivo al concurso. La opción no se presenta entre liquidación o conservación sino en cómo satisfacer a los acreedores por una u otra vía, a elección del deudor.

Cabe admitir que, normalmente, si el propio concursado solicita inicialmente la liquidación, se deba a la constatación de la inviabilidad económica de la empresa. De todos modos, la cautela de una ratificación objetiva de esa inviabilidad hubiera ayudado a los acreedores a ver la racionalidad de la medida, como ocurre actualmente, por ejemplo en la liquidación judicial en Francia, donde se abre el procedimiento de liquidación, cuando la empresa se encuentra en estado de insolvencia (actual) y siempre que el saneamiento de la empresa sea imposible (art. L 640.1)²²⁸

²²⁷ HERRERA CUEVAS, E., “Manual de la reforma concursal...”, cit., p 545.

²²⁸ Con la normativa anterior (arts.1 y 148 Ley sobre el saneamiento y la liquidación judicial de empresas, de 25 enero1985, modificados por Ley 94-475 de 10 junio 1994) se procedía a la apertura de la liquidación cuando la empresa hubiera cesado en su actividad o su recuperación fuera manifiestamente imposible. La nueva Ley 2005-845, de salvaguarda de empresas de 26 de julio de 2005, no menciona el cese de actividad

5.2 Deudor sociedad de capital: Órgano facultado para solicitar la liquidación

El deudor, como analizaremos más adelante, “puede” pedir la liquidación en diversos momentos procesales del concurso: tanto la liquidación anticipada como la ordinaria, juntamente con la solicitud de concurso voluntario; la anticipada hasta los quince días siguientes a la presentación del informe previsto en el art. 75 LC; la liquidación ordinaria, desde la declaración de concurso hasta la puesta de manifiesto de los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores (sin que haya en vigor una propuesta de convenio presentada por el deudor); si no mantiene la propuesta anticipada de convenio o hasta pasados cinco días después de haber presentado los acreedores propuesta de convenio (art. 142.1 LC), e incluso, aún aprobado judicialmente el convenio -y en un plazo de diez días-, siempre que la propuesta no fuera suya o hubiera prestado su conformidad a la aprobada (art. 128.3 LC).

Esta facultad del deudor se transforma en “obligación” cuando –vigente convenio– conozca la imposibilidad de cumplir sus compromisos de pago y las obligaciones contraídas después de la aprobación del convenio (art. 142.3 LC).

Nada indica, sin embargo, la LC sobre cual sea el órgano competente para solicitar la liquidación, cuando el deudor sea una persona jurídica. Tampoco lo hace cuando impone la obligación al deudor de acompañar propuesta de plan, al pedir la liquidación ordinaria con la solicitud de concurso voluntario (art. 6.4 LC).

de la empresa como causa de apertura liquidativa, incorporando, sin embargo, el estado de insolvencia actual a la imposibilidad de saneamiento de la empresa, como presupuesto objetivo conjunto, para proceder a la apertura de la liquidación. No obstante, para artesanos, agricultores y cualquier persona física que ejerza una actividad profesional autónoma, se abrirá el procedimiento de liquidación judicial, tras el cese de su actividad profesional, cuando la totalidad o parte de su pasivo se derive de su actividad Vid. arts. L 640-1 y L 640-3 e relación con L 640-2 párrafo primero.

Algún autor²²⁹ sostiene que la solicitud de liquidación –que generalmente es una facultad y no un deber- constituye una declaración de voluntad pura y simple del deudor y, en caso de persona jurídica, de su órgano de administración o liquidación. Con esta sencilla pero tajante afirmación, se da por sentado cual sea el órgano competente para que una persona jurídica solicite la liquidación.²³⁰ Sin embargo, hay que advertir que, efectivamente, no siempre la solicitud de liquidación es una facultad que la LC atribuye a la sociedad deudora, ya que ésta tiene el deber de pedirla, vigente convenio, cuando conozca los hechos y circunstancias que se detallan en el art. 142.3 LC. En este caso consideramos que el órgano de administración sería el habilitado para su solicitud, ya que la responsabilidad del conocimiento de no poderse cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas *post* convenio, recae exclusivamente en dicho órgano, puesto que los administradores responden solidariamente (y sólo ellos, no los socios) –salvo quienes prueben su no intervención, oposición o desconocimiento- por el incumplimiento de los deberes inherentes en el desempeño del cargo (art. 133.1 LSA), responsabilidad que en ningún caso se verá exonerada por la falta de acuerdo o de ratificación de la Junta General de socios (art. 133.4 LSA) y el conocimiento de los hechos y circunstancias antes expresados constituye uno de los deberes del órgano de administración.

En los demás supuestos de solicitud de liquidación (art. 142.1 LC) el deudor, persona jurídica, efectivamente goza de esa facultad. Pero concluir asignando tal facultad al órgano de administración –sin ningún tipo de condicionante- necesita estar fundamentada en razones jurídicas convincentes, que no parece puedan sustentarse de forma generalizada.

²²⁹ BELTRAN, E., “Comentarios al artículo 142”, en ROJO, A.,-BELTRÁN, E., *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo II, Thomson Civitas, Madrid 2004, pp. 2295 ss.

²³⁰ VILA FLORENSA, P., “Legitimación del deudor persona jurídica para solicitar el concurso”, en SALA, -MERCADAL, F., ALONSO CUEVILLAS, J., coords., *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona 2004, pp. 81-82. Para este autor la LC prescinde de cualquier intervención de los órganos deliberantes de las personas jurídicas...también una vez declarado el concurso, en el posterior devenir del proceso concursal y concretamente en las propuestas de convenio que en el mismo puedan presentarse o en la solicitud de liquidación del concurso (el subrayado es nuestro). En la misma línea, CABANAS TREJO, R., “Fase de liquidación. Forma de apertura de la fase de liquidación. A solicitud del deudor”, Número monográfico *La Ley Concursal (exposición sistemática y comentarios)*, La Notaria, 7-8, vol. I, julio-agosto 2003, Colegi de Notaris de Catalunya, p. 156. Opina este autor que la admisión de la petición de liquidación no se condiciona a su aceptación previa por la Junta o Asamblea de socios También MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, Iustel, Madrid 2004, p. 237.

En primer lugar, el órgano de administración no puede utilizar su competencia para solicitar la declaración de concurso de forma omnímoda e indiscriminada, sobre todo cuando la sociedad deudora se encuentra en estado de insolvencia inminente e incluso en posible insolvencia actual por pérdidas cualificadas, sin conocer (y por tanto sin haberla convocado) si la Junta de socios ha tomado o no el acuerdo de aumentar el capital, para que se corrija la situación de insolvencia. Por otra parte, la solicitud de liquidación comporta unas connotaciones y unas consecuencias distintas a la solicitud de concurso.

La solicitud de declaración de concurso voluntario abre las puertas a su declaración judicial y por tanto a la efectiva protección de los acreedores ordinarios, mediante la salvaguarda *ab initio* de la *par conditio creditorum* y del inmediato control de la facultad de disposición y administración del deudor, cuyo ejercicio podría lesionar más aún a los acreedores. Es posible, además, la declaración de concurso de una sociedad, sin que por ello quede afectada su pervivencia. La sociedad concursada puede continuar su actividad, si así se acuerda en convenio, con los acreedores concursales e incluso durante la fase común, si excepcionalmente el juez no acuerda su cese o suspensión (art. 44. 4 LC).

Con la liquidación concursal de una sociedad empresarial de capital se fragmenta la empresa, cuya titularidad ostenta; el deudor societario, como titular de la organización queda suspendido en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición; queda disuelta por ley –si no lo estuviera- la persona jurídica, cesando sus administradores; el pasivo deja de ser el apoyo de la sociedad empresarial; no existe ya más que un patrimonio, un activo a liquidar, con el que atender al conjunto de acreedores. Además, la solicitud de liquidación no abre; cierra, más bien, las puertas a un posible convenio con los acreedores que –a través del mecanismo de quita y espera- podría facilitarles una recuperación de la empresa y por tanto de los recursos que tanto ellos como los socios han aportado a la sociedad. Con la liquidación, los socios de la persona jurídica, como máximo, pueden aspirar al remanente –normalmente muy pequeño o inexistente en esta fase- de la realización del activo, después de atendidas todas las necesidades crediticias. Además, a través de una solución convenida, cabría incluso alcanzar una conversión de créditos en acciones, participaciones, cuotas sociales o créditos participativos (art. 100.2

LC) o, llegado el caso, proponer la enajenación en todo o en parte de la empresa, asumiendo el adquirente la continuidad empresarial y el pago de los créditos a los acreedores, todo lo cual está vedado en la fase de liquidación.

Analizando la cuestión desde la óptica de la responsabilidad de los administradores, la apertura de la fase de liquidación implica *ipso iure* la calificación del concurso (art. 163.1.2º LC); aunque no fuera el órgano de administración quien resultase facultado para interponer la petición de liquidación -y mediante la mencionada apertura pudiera tipificarse como culpable el concurso-, la LC concede a los administradores (o liquidadores) –arts. 168, 170 y 171 LC- los medios procesales de defensa y oposición ante esa calificación de culpabilidad.

Esa responsabilidad de los administradores, con la eventual sanción de responder con sus bienes del déficit de la masa activa respecto al global de créditos en caso de calificación grave, lleva a pensar en su posible inacción respecto a solicitar la liquidación, lo cual constituye una manera adicional de apoyar la facultad de la Junta de socios para instarla, ya que su interés no radica en evitar posibles sanciones –salvo que algún socio fuera administrador- sino en conseguir la solución más acorde para la sociedad y los acreedores.

Por otra parte, no existe premura en su presentación, como ocurre con la declaración de concurso. La solicitud de liquidación puede presentarse en varios momentos del concurso, e incluso, en la liquidación ordinaria, después de haberse aprobado judicialmente el convenio, aceptado por la junta de acreedores, sin la conformidad de la sociedad deudora y siempre que no fuera formulado por ésta (art. 128.3 LC).

En la solicitud de declaración de concurso priman los intereses de los acreedores. En la petición de liquidación son los socios, sus intereses y la manera de satisfacer a los acreedores, los criterios que están en primer lugar de la decisión.

Pero además, por la trascendencia de la solicitud de liquidación en las sociedades de capital, “no puede entenderse confiada al órgano de administración”²³¹. Se quebraría el reparto de competencias entre los órganos de la sociedad, en el único extremo acaso incontrovertible”.

Desde la perspectiva del órgano de administración o liquidación de las personas jurídicas, no existe obligación de solicitar la liquidación, ni son responsables de su solicitud, a excepción de lo dispuesto en el art. 142.3 LC, por incumplimiento del convenio. Sin embargo, a los administradores o liquidadores se les presume la existencia de dolo o culpa grave si no hubieran cumplido con el deber de solicitar la declaración de concurso (art. 165.1º LC).

De lo hasta ahora expuesto, podemos deducir que así como la legitimidad para solicitar la declaración de concurso está claramente expresada en la LC (art. 3.1)²³², el atribuir la competencia para decidir sobre la solicitud de liquidación parece que el legislador ha querido dejar a las normas societarias (aplicables a las personas jurídicas deudoras) la atribución de facultades para adoptar tal decisión, posiblemente en razón a los argumentos que han sido postulados.

²³¹ DE LA CUESTA RUTE, J. M., “La fase de liquidación”, cit, p. 252. Al tratar de la administración concursal, -fuera, por tanto de los órganos societarios- analizaremos la posibilidad que, excepcionalmente, pudiera atribuírsele, de solicitar la liquidación.

²³² Aunque para una parte de la doctrina (Vid. ROJO, A., “El órgano competente en caso de deudor persona jurídica”, en ROJO, A.,-BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Civitas, Madrid 2004, pp. 201-206) el titular del poder de decisión de la persona jurídica es el órgano de administración, su competencia no es omnímoda, ya que la Junta de socios tiene la posibilidad de decidir en caso de insolvencia inminente con existencia de pérdidas cualificadas; en este caso el, órgano de administración debería convocar la Junta, antes de solicitar el concurso, para no cerrar la posibilidad de obviar el estado de insolvencia mediante una ampliación de capital, su reducción o incluso compensando créditos, ya que – como sostiene gran parte de la doctrina-, cabría disolver la sociedad para enervar la responsabilidad de los administradores o dejar que éstos opten por instar el concurso, cuando el acuerdo de la Junta General no fuera favorable o cuando la Junta no se hubiera celebrado en plazo, en el bien entendido de que si la Junta de socios autorizase la disolución pero no la solicitud de concurso, los administradores sólo podrían instar la disolución. ESTEBAN VELASCO, G., “Incumplimiento del deber de solicitud del concurso de la persona jurídica: la responsabilidad de los administradores”. Ponencia en Curso-Seminario *El nuevo Derecho Concursal*, dirigido por la profesora ALONSO LEDESMA, C., Univ. Complutense de Madrid, 5 febrero 2004. Vid. también PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, en AAVV., dirs. GARCÍA VILLAVARDE, R.,-ALONSO UREBA, A.,-PULGAR EZQUERRA, J., *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Ed. Dilex 2003, p. 96.

Por ello, podríamos distinguir respecto a la solicitud de liquidación en las sociedades empresariales de capital, qué órgano está **facultado** para adoptar la decisión y, por otra parte, quiénes están legitimados para llevar a cabo su **solicitud**.

La Junta General de socios es el último reducto en la competencia de la decisión social, salvo en las cuestiones en que las leyes –tanto societarias como, en nuestro caso, concursales- dejan en manos de la autoridad judicial (para actuar de oficio) o del órgano de administración. El texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital²³³ -en adelante LSC- en su art. 366.2 (que deroga a los arts. 262.4 LSA y 105,4 LRSL) obliga incluso a los administradores, en determinados supuestos, a solicitar la disolución judicial, cuando el acuerdo social de la Junta fuese contrario a la disolución o no pudiera lograrse.

El art. 361 de la LSC (que recoge el contenido de los arts. derogados 260.2 LSA y 104.2 LSRL), dispone que si en el procedimiento concursal “se produjera la apertura de la fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta”. Cómo se produce la apertura de la liquidación –de oficio o a instancia de parte- lo expresa la LC pero, por lo que se refiere al órgano de la persona jurídica facultado para adoptar esa decisión, nada dice. Sin embargo, las decisiones trascendentales y, en todo caso, definitivas de la persona jurídica, no hurtadas legalmente a su competencia, son privativas de la Junta de socios: la fusión o escisión de la sociedad, el aumento o reducción de capital, la modificación de los estatutos sociales,-entre otras decisiones fundamentales- caen bajo competencia de la Junta.

La apertura de la fase de liquidación de la sociedad empresarial de capital concursada es una decisión judicial definitiva e irreversible. Su solicitud tiene la mayor trascendencia tanto para la entidad como para los socios. Por ello, parece existir una competencia no escrita expresamente, pero si indiciaria, a favor de la Junta, ya que afecta al núcleo

²³³ El 1 de septiembre de 2010 ha entrado en vigor el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que refunde, entre otras, las disposiciones de la LSA y LSRL, a la vez que deroga ambas normas. En adelante, citaremos el articulado del Texto Refundido, haciendo mención a las normas derogadas de ambas leyes societarias de capital.

esencial de la actividad societaria y a los intereses económicos de los socios²³⁴. Los socios son los que asumen los riesgos empresariales, ¿y qué mayor riesgo que optar por un convenio o solicitar la liquidación?

En consecuencia, debiera ser la Junta de socios quien adoptase tal decisión, como único órgano para decidir sobre la liquidación de la persona jurídica (salvo la liquidación necesaria, contemplada en el punto 3 del art. 142 LC), ya que es una decisión voluntaria y sin causa obligada de justificación. Son los intereses sociales y de los socios, en conjunción con la salvaguarda de los intereses de los acreedores, los que van a influir no sólo en la toma de decisión, sino en el momento procesal que consideren más conveniente para adoptarla.

En base a los argumentos expuestos, parece ser la Junta de socios el órgano **facultado para decidir** sobre la solicitud de liquidación. Pero puesto que la actuación de la persona jurídica cara a terceros se efectúa a través del órgano de administración o liquidación, serán éstos quienes estén **legitimados para interponer la solicitud de liquidación**, una vez adoptada por la Junta de socios tal decisión.

En este sentido, consideramos posible que pueda incorporarse en los Estatutos sociales una clausula que faculte exclusivamente a la Junta de socios, por mayoría cualificada (arts. 194 y 204.2 LSC, que recogen el contenido del art. 103 LSA y art. 199 b) que lo hace del art.53.2.b y 3 LSRL), para adoptar la decisión de solicitar la liquidación de la sociedad juntamente con la de concurso o una vez declarado éste. Incluso, si se estimase oportuno, la posibilidad de delegar en el órgano de administración tal facultad. De esta manera, sin conculcar la LC y cumpliendo con lo preceptuado en el Ccom y en las leyes societarias para los sociedades de capital, se evitarán a estas

²³⁴ FERNÁNDEZ TORRES, I., *La Junta General en las Sociedades de Capital en liquidación*, Ed. Iustel, Madrid 2006, p. 480.

entidades, así como a Jueces y Tribunales con competencia en lo mercantil, dificultades de interpretación sobre la laguna existente al respecto en la LC²³⁵.

Cabe deducir de lo expuesto que:

1. No cabe confundir las consecuencias de la disolución societaria –apertura automática del periodo de liquidación (art. 371 LSC, que deroga el art. 266 LSA, modificado por el n° dieciocho de la Disposición final Primera de la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles)- con la declaración de concurso de una persona jurídica, ya que este último caso *no* implica *ex lege* su disolución, ni por supuesto su liquidación.
2. Si el órgano de administración tuviera competencia excluyente para solicitar la liquidación concursal estaría cerrando la posibilidad de los socios reunidos en Junta para decidir sobre la continuidad o no de la sociedad, ya que si bien la declaración de concurso no implica la disolución de la entidad, en cambio la apertura de la liquidación concursal conlleva *ipso iure* su disolución, con las consecuencias más arriba apuntadas.
3. El órgano de administración podría estar incurso en la calificación del concurso como culpable, cuando hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso, cuando estuviera obligado a ello (art. 165.1 LC). Pero nada indica la normativa concursal sobre un presunto incumplimiento al no solicitarse la liquidación por parte de los administradores, ya que su petición es una facultad de

²³⁵ Podrá argüirse que, si bien en la solicitud de liquidación, juntamente con la declaración de concurso, podría aceptarse la facultad exclusiva y excluyente de la Junta de socios para adoptar la decisión de su solicitud, razones de orden práctico llevan a la solución contraria cuando el concurso ya ha sido declarado, en base a la perentoriedad de plazos para adoptarla y la dificultad de convocar una Junta de socios en plazo acorde a la rapidez con que debe adoptarse la decisión o no de su solicitud. Aunque estudiaremos esta cuestión al analizar los distintos momentos en que cabe tomar la decisión de solicitarla, indicaremos ahora que la Junta de socios puede delegar esas facultades extraordinarias en una Comisión Ejecutiva o en el órgano de administración para aquellos momentos en que la urgencia lo precise, reservándose la decisión de adoptar en Junta la decisión en aquellas situaciones que considere más relevantes y menos perentorias. En el Registro Mercantil se inscribirían –haciendo uso del art. 24.2 LC, en relación con el 322 RRM- los datos que se reflejen en la escritura de constitución o posterior modificación estatutaria.

la sociedad deudora, que la LC deja a su libre voluntad (si exceptuamos el supuesto del art. 142.3 LC).

4. Sin embargo, podrían incurrir en responsabilidad, ex arts. 236 y 237 LSC (que derogan el art. 133 LSA), si solicitaren la liquidación en contra de un acuerdo de la Junta de socios. La Junta podrá ser convocada de forma extraordinaria por los administradores, directamente o cuando así lo estimen los socios titulares al menos de un cinco por ciento del capital social (art. 168 LSC que recoge el contenido del art. derogado 100.2 LSA), para decidir si conviene a los intereses sociales su solicitud y su presentación, bien con la declaración de concurso o en un momento posterior, es decir, cuando cabe solicitarla como facultad y no como deber, de acuerdo con las posibilidades de petición que ofrecen los arts. 142.1 y 128.3 LC²³⁶. Si la Junta, debidamente convocada, no se celebra en plazo, el acuerdo es negativo o, incluso, no se adopta acuerdo alguno sobre la solicitud de liquidación, consideramos que el órgano de administración no tendría competencia para solicitarla (salvo en el caso del art. 142.3 LC). En consecuencia, la competencia exclusiva y excluyente para acordar la solicitud de liquidación –cuando no exista deber de hacerlo- recaería en la Junta General de socios.
5. El acuerdo de la Junta de socios, para solicitar la liquidación debe adoptarse con las mayorías establecidas en los arts. 201,2 y 199 b) LSC (que recogen respectivamente el contenido de los arts. derogados 103 LSA y 53.2.b LSRL), por ser una cuestión de especial trascendencia para la continuidad o no de la actividad societaria, así como por ser un acuerdo adoptado por voluntad de los socios (art. 368 LSC) y no por causas extrínsecas a su voluntad.
6. Una cosa es adoptar la “decisión” de solicitar la liquidación y otra la “presentación” de la misma, una vez adoptada la decisión. Su presentación sí es

²³⁶ Tiempo que transcurre entre la solicitud de declaración de concurso hasta los 15 días siguientes a la puesta de manifiesto de los textos definitivos del inventario y lista de acreedores, así como el plazo de diez días desde la aprobación judicial del convenio, sin haber formulado la propuesta ni haberle prestado conformidad.

facultad del órgano de administración, al ser el órgano externo de expresión de la voluntad de los socios.

7. La incorporación en Estatutos de una cláusula que faculte exclusivamente a la Junta de socios la adopción de acordar la solicitud de liquidación e incluso delegar esa facultad en el órgano de administración, clarificaría tanto a las sociedades de capital como a Jueces y Tribunales de lo mercantil las dudas interpretativas que doctrinalmente se han suscitado sobre esta materia.

5.2.1 Solicitud y propuesta de liquidación en otras figuras societarias

En las sociedades en formación

Sentada la personalidad jurídica de las sociedades en formación, de acuerdo con la posición mayoritaria de la doctrina, y por tanto la posibilidad de ser declaradas en concurso, ¿será su órgano de administración el competente para decidir sobre su solicitud de declaración? .Y, en su caso, ¿de qué manera es nombrado ese órgano? El propio art. 37.3 LSC (que recoge lo dispuesto en el derogado art. 15.2 LSA) expresa que será en la escritura pública donde se plasme el nombramiento de administradores y las facultades que ostenten durante la fase anterior a la inscripción, siendo los socios, a quienes se encomienda la gestión de la Compañía y el uso de la firma social los responsables de solicitar, en su caso, la declaración de concurso; incluso cabe su solicitud por los socios personalmente responsables de forma solidaria de las deudas de la sociedad, sin que acrediten previamente su insolvencia.²³⁷ ¿Puede ese órgano de administración solicitar también la liquidación concursal de la sociedad en formación? Consideramos que la respuesta sería afirmativa, si expresamente se les ha conferido esa facultad en la escritura pública. En caso contrario, y dado el carácter fundamentalmente personalista existente en estas sociedades, debiera adoptarse la decisión por unanimidad entre todos los socios, por

²³⁷ MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, o.c., p. 163.

la trascendencia de la misma²³⁸. Por lo que se refiere a la disolución y posterior liquidación de la sociedad en formación, pasado un año desde el otorgamiento de la escritura fundacional sin haberse solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instarlas (arts. 39 y 40 LSC, que recogen lo dispuesto en el derogado art. 16.1 LSA). Sin embargo, si en el transcurso de su liquidación hubiera que solicitar su concurso, incluso pidiendo la liquidación concursal, serían los socios por unanimidad los que deberían aprobar ambas solicitudes, por aplicación de las normas de la sociedad colectiva o las de la sociedad civil, en su caso (arts.39 y 40 LSC).

En las sociedades irregulares

La mayor parte de los autores admiten la legitimación pasiva de la sociedad irregular para ser sujeto de declaración de concurso²³⁹. Algunos consideran que la sociedad irregular no tiene en puridad personalidad jurídica, pero como es tratada con cierta “personificación”, dada la aplicación de las reglas de la sociedad colectiva, debe admitirse que sean susceptibles de ser declaradas en concurso.

Para los defensores de la personalidad jurídica de la sociedad irregular no sólo resulta admisible la capacidad concursal pasiva (ser declarada en concurso), sino también la **activa**, es decir la de solicitar su propio concurso. Para quienes le niegan personalidad jurídica, la capacidad activa sería más difícil de argumentar²⁴⁰.

Por tanto, si se admite la personalidad jurídica de la irregular, y en consecuencia su capacidad para solicitar el concurso, será el órgano de administración el competente para

²³⁸ ALONSO LEDESMA, C., “Sociedad Anónima en formación y prohibición de transmitir acciones antes de la inscripción”, ALONSO UREBA, A., ESTEBAN VELASCO G., y otros, en *Derecho de Sociedades Anónimas*, Tomo II, Capital y acciones, Madrid 1994, p. 1002. En estas sociedades hay una estructura corporativa, pero su régimen orgánico propio no funciona plenamente. Así como para nombrar mandatarios se necesita del acuerdo unánime de todos los socios, en supuestos análogos o extraordinarios la regla será la unanimidad y no la mayoría.

²³⁹ MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, o.c., pp. 161 ss.

²⁴⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso de la sociedad irregular*, Monografía, La Ley nº 3/2005, p. 78.

acordar o decidir la presentación de la solicitud, en base al art. 3.1, párrafo 2º LC.²⁴¹ Bien es verdad que la sociedad irregular, al ser tratada como colectiva, podría plantearse la necesidad de un acuerdo previo de todos los socios, por unanimidad²⁴²; sin embargo, el art. 3.1 LC, para los que admiten la personalidad jurídica de estas sociedades, no deja lugar a dudas de quien es competente para adoptar la decisión de solicitar el concurso voluntario.

Pero la solicitud de liquidación, tanto pedida juntamente con la de concurso, como solicitada posteriormente en la fase común, consideramos debe llevarse a cabo por decisión unánime de todos los socios. Todos ellos, sean o no gestores de la entidad, están obligados solidariamente con todos sus bienes (art. 127 Ccom) a resultados de las operaciones hechas a nombre y por cuenta de la Compañía. A todos por igual compete la liquidación de la entidad. A salvo de lo que pudieran haber pactado en la escritura social, la decisión de solicitar la liquidación de una sociedad irregular deberá adoptarla la totalidad de los socios por unanimidad, por las razones de irreversibilidad que comporta y el perjuicio que pudiera suponer para alguno de los socios no cristalizar un convenio más acorde para sus intereses que las consecuencias que trae consigo la liquidación.²⁴³

²⁴¹ El art. 39 LSC (que deroga el art.16.2 LSA) declara aplicables a la sociedad irregular (cuando tiene objeto mercantil) las normas de la sociedad colectiva. Aunque en una sociedad mercantil colectiva debe estarse a lo que establezca la escritura social en orden a qué socios colectivos corresponde la representación de la sociedad (art. 129 Ccom, a contrario sensu, en relación con el art. 209. 9º RRM), si nada dice la escritura social, cada uno de los socios colectivos es representante de la sociedad. Cualquiera de ellos puede decidir, en nombre de la sociedad, la presentación de la sociedad en concurso. Vid. ROJO, A., “Legitimación”, cit., pp. 205-206.

²⁴² Por supuesto, y aunque cada uno de los socios pueda solicitar el concurso de la irregular, no actúan como sociedad deudora, no considerándose su solicitud de concurso voluntario, ya que ellos no son la sociedad ni actúan en su representación. MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, o.c., p.281.

²⁴³ Las sociedades irregulares, del mismo modo que las nulas, se inscribirán en el Registro Mercantil (art. 322.3 RRM, en su nueva redacción, recogiendo el criterio dispuesto en el art. 24.2 LC), una vez haya sido declarado el concurso de acreedores, en función de lo recogido en la escritura de su constitución, en el caso que se hubiera otorgado. En su defecto, la inscripción se practicará en virtud de mandamiento judicial, en el que deberá constar, como mínimo, su denominación, domicilio social y la identidad de los socios, de los que el juez tuviere constancia

En las sociedades de capital nulas

En estas sociedades, y por lo que se refiere a la solicitud de liquidación, debemos distinguir aquellas en las que se haya declarado su nulidad mediante sentencia firme de las que todavía no haya sido declarada su nulidad o no lo haya sido mediante sentencia firme.

Antes de adquirir firmeza la declaración judicial de su nulidad, la posibilidad de declaración de concurso (voluntario o necesario) parece no admitir duda²⁴⁴, La solicitud de liquidación, en estos supuestos, se produciría por la Junta de socios, tal y como anteriormente se ha expuesto.

En el caso de sociedades de capital nulas mediante sentencia firme, la proclamación de nulidad, a nuestro parecer, no declara la inexistencia del ser colectivo. Se estaría ante una mera sociedad de hecho, en proceso de liquidación por mandato legal (arts. 35.1 LSA y 17.1 LSRL, derogados por el art. 57.1 LSC), mediante el procedimiento previsto para casos de disolución. Como sociedades de hecho, con actuación externa como sociedades, manifestada en el tráfico o acordada así por los socios, cabe considerarlas susceptibles de la totalidad de derechos y obligaciones y por tanto con personalidad jurídica²⁴⁵.

La LC, en su art. 145.3, permite la liquidación concursal de las personas jurídicas en liquidación societaria, al declarar el cese de los liquidadores, para su sustitución por la administración concursal. En consecuencia, la solicitud de liquidación, en las sociedades con sentencia firme de nulidad, constituidas como sociedades externas o cuando su manifestación en el tráfico mercantil hubiera sido manifiesta, cabe subsumirla en lo indicado para las sociedades irregulares.

²⁴⁴ Vid. MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, o.c., pp. 194-195.

²⁴⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso de la sociedad irregular*, o.c., pp. 34-35.

5.2.2 La solicitud de liquidación en los grupos de sociedades

La solicitud de liquidación en los grupos de sociedades, si se produjera conjuntamente con la declaración de concurso (concurso voluntario de todas las sociedades integrantes del grupo) y aplicando el criterio de no extensión de la insolvencia intragrupo, será el órgano competente de cada sociedad, el facultado para decidir la solicitud, es decir la Junta de socios, como anteriormente analizamos. Si la solicitud de liquidación se formalizase una vez declarados los concursos (tanto voluntarios como necesarios) será igualmente la Junta de socios de cada entidad la que adopte válidamente la decisión. Por otra parte, en caso de acumulación de concursos (art. 101.2 LC) se puede condicionar la propuesta de uno de los concursados a la aprobación judicial del convenio de otro u otros, reconociéndose que la acumulación no debe desembocar en un solo convenio²⁴⁶ por la incomunicación de la insolvencia entre las sociedades integrantes del grupo. También cabe indicar que la acumulación de concursos tampoco conlleva la elección unívoca de la vía de convenio, pudiendo cada sociedad del grupo adoptar, si la Junta de socios lo considera oportuno, tanto una solución convenida como la vía liquidatoria. La administración concursal de la sociedad dominante podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de las sociedades dominadas pertenecientes a su grupo (art. 25.1 LC); sin embargo, la vía a elegir –convenio o liquidación– lo será por los socios reunidos en Junta de cada una de las sociedades.

Las diferentes soluciones a adoptar por cada sociedad del grupo tienen su razón de ser en los distintos problemas de cada una de ellas; en sus posibilidades de recuperación y en la facilidad o dificultad de conseguir nuevos recursos. De todas formas y puesto que la sociedad dominante, por definición, posee, directa o indirectamente, la mayoría de los derechos de voto de las dominadas, será difícil, en la práctica, que los minoritarios puedan llegar a modificar una decisión en Junta, aunque lo sea de manera cualificada, de los socios mayoritarios. La decisión de solicitar la liquidación de una sociedad filial estará

²⁴⁶ SEBASTIÁN QUETGLÁS, R., “Régimen de insolvencia...”, cit., p. 480.

sujeta al deber de velar por los intereses de la sociedad, de tal forma que, si por mala fe, con ánimo de perjudicar a la filial o en beneficio de la sociedad dominante o de otras sociedades dominadas, se adoptase el acuerdo de solicitar la liquidación, podría impugnarse dicho acuerdo (art. 204 LSC, que deroga al art.115 LSA).

5.3 Administración concursal. ¿Tiene facultad para instar la liquidación?

El art.142 LC indica quienes son los legitimados para solicitar la apertura de la liquidación: deudor y acreedores. Nada se expresa, sin embargo, sobre la posible legitimación de la administración concursal; ni siquiera, cuando, ya declarado el concurso, ésta tuviera incluso poderes de disposición sobre el patrimonio del deudor (art. 40 LC), pues, aunque en caso de concurso necesario, se suspendiera el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, las facultades inherentes a los administradores concursales mediante la sustitución no alcanzarían a la solicitud de liquidación.

La administración concursal puede solicitar del juez la acumulación de concursos ya declarados de las sociedades integrantes de un grupo con el de la sociedad dominante (art. 25.1 LC). Está habilitada para solicitar del Juez el cierre de la totalidad o parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones del deudor, incluso el cese de la actividad empresarial (art. 44.4 LC). Puede también oponerse a la aprobación judicial del convenio (art. 128.1 y 2 LC), elaborar un plan de liquidación y enajenar el patrimonio empresarial, una vez aprobado el plan (art. 148 LC). Pero, a pesar de la extraordinaria amplitud de sus facultades, nada se recoge en la LC acerca de la posibilidad de solicitar la liquidación. En consecuencia, no existen apoyos en la LC para admitir la legitimidad de la administración concursal en lo referente a instar la vía liquidativa del deudor.

Sin embargo, a pesar de la exclusiva otorgada al deudor, tanto para la solicitud de liquidación por vía ordinaria como mediante propuesta anticipada, un sector doctrinal considera poco inteligible que no pueda iniciarse la liquidación anticipada a instancia,

cuando menos, de la administración concursal²⁴⁷, resaltando la incoherencia del planteamiento con el diseño de la Ley, ya que el “interés del concurso” que llevase a adelantar la liquidación podría servir de fundamento a que fuera instada también por la administración concursal, sin que ello sea posible, al no haber precepto alguno que se lo permita²⁴⁸. Además, según GARCÍA-CRUCES, la LC configura como facultades distintas la solicitud de liquidación ordinaria y su anticipación. El art. 142 bis no ha atribuido carácter anticipado a todas las solicitudes de liquidación presentadas en plazo, sino únicamente a las que solicite con propuesta anticipada de liquidación. El deudor puede instar solicitud de liquidación ordinaria y presentar ex art. 6.4 LC propuesta de plan de liquidación y, más adelante, puede instar la liquidación anticipada, reproduciendo el plan ya presentado e incluso haciendo valer uno nuevo. La diversidad de plazo de presentación de ambas solicitudes –la anticipada hasta quince días siguientes a la presentación del informe al juez por la administración concursal; la ordinaria hasta que se hubieren resuelto las impugnaciones del inventario y lista de acreedores- constituyen, a juicio del citado autor, un indicio de que los arts. 142 y 142 bis regulan diversas facultades²⁴⁹, lo cual podría haber servido para permitir, al menos excepcionalmente, a la administración concursal proponer anticipadamente la liquidación, tanto en la vertiente de su solicitud como en la de elaboración de la propuesta de plan de liquidación.

Además si la administración concursal es quien mejor puede advertir –sobre todo una vez elaborado el informe- la práctica imposibilidad de alcanzar un convenio y en consecuencia estar abocado el concurso a la liquidación, ¿por qué –en caso de suspensión de facultades del deudor- la administración concursal puede solicitar la enajenación de los bienes y derechos que integran la masa activa durante la fase común (art. 43.2 LC) y no hacerlo por medio de la liquidación anticipada?²⁵⁰

²⁴⁷ ALCOVER GARAU, G., “Aproximación al régimen jurídico...”, art. cit., pp. 79-80.

²⁴⁸ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.-LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La liquidación anticipada”, en o.c., p. 145.

²⁴⁹ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.-LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La liquidación anticipada”, en o.c., pp. 143-144.

²⁵⁰ ALCOVER GARAU, G., “Aproximación al régimen jurídico...”, art. cit., p.80. En la misma línea se expresa FERNÁNDEZ SEIJO, cuando afirma que “no deja de ser paradójico que habilitando la ley a los administradores concursales para poder instar las decisiones más comprometedoras para la actividad del deudor –el cese de actividad, el cierre de establecimientos, la resolución de los contratos, incluidos los

Contra estos razonamientos cabe argüir el carácter de acto personalísimo del deudor, que tiene la solicitud de liquidación –tanto anticipada como ordinaria-, no circunscrito a las facultades de disposición y administración del patrimonio de la entidad concursada, ya que una vez aprobada su apertura se disgrega de forma definitiva el contenido mismo de la empresa, transformándose en un patrimonio a liquidar desgajado de la masa de acreedores; sin olvidar también, la automática calificación del concurso que supone la apertura de liquidación que, en caso de calificarse como culpable, serán los administradores sociales (accionistas o no)-con dos años como tales con anterioridad a la declaración del concurso- los que podrán resultar condenados a pagar el importe que no fuera reintegrado a los acreedores al liquidarse el patrimonio²⁵¹.

El deudor es a quien corresponde instar la propuesta anticipada de liquidación –así como la ordinaria en los supuestos del art. 142.1 LC- en los plazos recogidos en la norma, cuando piense que es la mejor forma de defender los intereses del concurso y los suyos propios, entre otras razones por considerar improbable la aprobación de un convenio favorable o tener una oferta satisfactoria de adquisición de la empresa. Sin embargo, excepcionalmente, según nuestra opinión, y en el caso que el deudor demorase su solicitud, cabría fijar un plazo de quince días, por ejemplo, después de notificado al deudor, resto de personados y publicado en el Registro Público Concursal y tablón de anuncios del juzgado para conocimiento de los demás interesados el informe que la administración concursal eleva al juez (art. 95.2 LC), cuando se advierta en el mencionado informe el rápido deterioro de la empresa, todavía viable, su pérdida progresiva de valor o la creciente dificultad en encontrar un comprador que se haga cargo de todo o parte de la misma, sería positivo que la administración concursal instase la liquidación anticipada,

laborales...-, sin embargo no pueda culminar esas iniciativas con la solicitud de liquidación.” Para este autor, “en tanto en cuanto no se facilite una legitimación controlada de la administración concursal para solicitar la liquidación –controlada en la medida en la que el deudor pueda oponerse alegando no sólo razones jurídicas sino económicas que desaconsejen la liquidación- la única vía posible para evitar los efectos catastróficos de la dilación en la tramitación es la de mantener los criterios interpretativos flexibles del artículo 43.” FERNÁNDEZ SEIJO, J.M^a, “Notas sobre la liquidación anticipada”, en ADC, nº 20, mayo-agosto 2010, pp. 258-259.

²⁵¹ Vid. DE LA MORENA SANZ, G., “La liquidación anticipada”, RcP 11/2009., p. 415.

siempre que no se hubiesen presentado impugnaciones al inventario, que supongan la exclusión de determinados bienes o derechos que resulten necesarios para la actividad empresarial. Cabría incluso admitir que la solicitud de liquidación anticipada pudiera presentarse por la administración concursal –en el plazo antes apuntado-, demostrada la inviabilidad de la empresa y por tanto su no factibilidad para ser enajenada como un todo o por ramas de actividad, cuando solicitase (art. 44.4 LC) el cese total de la actividad empresarial, juntamente con la extinción de los contratos laborales

5.4 Acreedores

Los acreedores –cualquier acreedor, según el art. 142.4 LC, es decir tanto privilegiado, como ordinario, subordinado e incluso acreedor de la masa- pueden solicitar la liquidación ordinaria ante un incumplimiento del convenio en vigor, siempre que fundamenten su petición en alguna de las causas de insolvencia del art. 2 apartado 4º de la Ley Concursal.

Debe indicarse, en primer lugar, que –por contraposición con el deber impuesto al deudor en el número precedente del citado artículo- la solicitud de liquidación por parte de un acreedor es una facultad que la ley les concede. Esta solicitud tiene un periodo de tiempo determinado: la vigencia del convenio. Hasta que no se haya aprobado judicialmente, mediante sentencia, la propuesta de convenio (art. 133 LC)²⁵² éste no adquiere plena eficacia. Sin embargo, si se hubiera recurrido la sentencia en apelación, el Juez de instancia puede acordar la suspensión de aquellas actuaciones que puedan verse afectadas por su resolución, decisión que podrá revisar la Audiencia Provincial, resolviendo mediante auto en un u otro sentido (art. 197.6 LC).

La vigencia del convenio puede ser, por tanto, plena, pero también cabe su aprobación provisional condicionada o incluso su suspensión –por la autoridad del Juez de instancia

²⁵² Vid. MANZANO CEJUDO, A., "La liquidación", cit., p. 629. Considera una discutible exigencia la necesidad que se impone a los acreedores de probar los hechos que fundamentan la declaración de concurso para solicitar la liquidación, por contraposición a los supuestos en que la liquidación es solicitada por el deudor, en los que no se exige tal prueba

o, finalmente, de la Audiencia Provincial- en lo que quedare afectado, mientras se pronuncia el Tribunal. Así pues, normalmente, y salvo apelación, la fecha de aprobación del convenio mediante sentencia del juez de instancia de lo mercantil, coincidirá con el inicio de la posibilidad que cualquier acreedor tiene para solicitar la liquidación. En aquellos supuestos en que la vigencia del convenio fuera semiplena o condicionada, mientras se sustancia la apelación, parece que cabría también la solicitud de liquidación. Y ello por la dicción del apartado 4 del art. 142 LC, que se refiere a la “vigencia del convenio” y no a su plena eficacia. En los supuestos de vigencia semiplena o condicionada el convenio está en vigor, aunque no haya adquirido eficacia completa. Así pues los acreedores podrían solicitar la liquidación no sólo durante la vigencia plena del convenio, sino también mientras dura el trámite de oposición –iniciado el cumplimiento del convenio aceptado- e incluso, constante apelación, si el juez de instancia o la Audiencia Provincial no suspendieran las actuaciones contenidas en el convenio, por supuesto probados los hechos expresados en el apartado 4 del art. 2 LC.

Para algunos autores la solicitud de liquidación del acreedor tiene carácter subsidiario, ya que sólo si el deudor no solicita la liquidación, de acuerdo con los supuestos del art. 142.3 LC, está facultado legítimamente para interponerla²⁵³. Sin embargo, parece más fundamentada la interpretación no literal del precepto –solicitud de cualquier acreedor “si el deudor no solicitara la liquidación” vigente convenio-, es decir, constante el incumplimiento del concursado del deber de solicitar la liquidación, cualquier acreedor podrá pedirla si prueba la existencia de cualquier hecho ex art. 2.4 LC.²⁵⁴ Los supuestos de hecho son distintos. El deudor tiene el deber de solicitar la liquidación sin que consten hechos objetivos y externos. Le basta “conocer” la imposibilidad de cumplir

²⁵³ SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase de liquidación”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid 2004, p. 1542. Para este autor sólo si el deudor no insta la liquidación habrá lugar a que lo haga algún acreedor.

²⁵⁴ Los supuestos de hecho del 142.3 y 142.4 son distintos. En el primer caso se trata de conocer la imposibilidad de cumplir pagos y obligaciones contraídas, lo cual muy difícilmente llegará a conocimiento de los acreedores. En el art. 142.4 los acreedores fundamentan su solicitud en hechos ex art. 2.4 LC. BLASCO GASCÓ, P., “La fase de liquidación concursal”, GARNICA MARTÍN, J., (dir.), *La nueva Ley Concursal*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 513. BELTRÁN, E., “La apertura de la fase de liquidación”, en QUINTANA CARLO, I.- BONET NAVARRO, A.-GARCÍA CRUCES, J.A., *Las claves de la Ley Concursal*, Thomson Aranzadi 2005, pp. 525-526.

los pagos y obligaciones concertadas en el convenio en vigor. El acreedor difícilmente alcanzará a probar tal conocimiento en el deudor y por tanto el incumplimiento de su deber. Así pues, lo importante es la constancia de algún hecho tipificado en el art. 2.4 LC (sobreseimiento general en el pago de obligaciones; embargos o ejecuciones pendientes que afecten de manera general al patrimonio del concursado; alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes; incumplimiento generalizado de las obligaciones tributarias, con la seguridad social y en el pago de salarios e indemnizaciones laborales de los tres últimos meses). Si cualquier acreedor puede probar la existencia de alguno de tales hechos, constante convenio, y el deudor no tiene presentada solicitud de liquidación, no es preciso esperar a que haga efectiva su solicitud, ni demostrar que el deudor debió haberla pedido²⁵⁵.

Por otra parte, los acreedores –o un determinado porcentaje de ellos-, bien podrían haber sido beneficiarios de la posibilidad de presentar propuesta de liquidación anticipada, de forma separada o, al menos, instar su solicitud a la administración concursal²⁵⁶. Los acreedores han sido nuevamente postergados en la reglamentación de la liquidación anticipada, al serles eliminado el contrapeso de unas propuestas de modificación o incluso de veto al plan de liquidación presentado por el deudor, ya que tan sólo se les reconoce la posibilidad de presentar observaciones al mismo. Extraña comprobar cómo a quienes más se la juegan en el envite concursal, en especial los acreedores ordinarios al no tener garantías específicas de cobertura, se les niegue la posibilidad si no la de llevar a cabo una propuesta de plan de liquidación anticipada, al menos la de presentar propuestas de modificación a la presentada por el deudor²⁵⁷.

²⁵⁵ DÍAZ MORENO, A., “La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores”, Anuario de Derecho Concursal, nº 8, 2006, pp. 46-47.

²⁵⁶ Vid. ALCOVER GARAU, G., “Aproximación al régimen jurídico...”, art. cit., p. 80.

²⁵⁷ Los acreedores, ante el plan de liquidación presentado por la administración concursal en la liquidación ordinaria, están legitimados para formular no sólo observaciones sino también propuestas de modificación (art. 148. 2 LC), cuya posibilidad, de forma poco razonable a nuestro juicio, ha sido eliminada respecto al programa anticipado de liquidación, propuesto por el deudor

5.5 Otros sujetos legitimados

Aparte del juez –que no solicita sino que procede a la apertura de la fase de liquidación de oficio, en los supuestos tipificados en el art. 143 LC-, no caben otros sujetos legitimados para solicitar la liquidación, aparte del deudor y acreedores.

Aunque los acreedores –indirectamente- pueden provocar la apertura de la fase liquidatoria mediante solicitud de incumplimiento del convenio, cuya resolución judicial firme implica la apertura de liquidación del concursado (arts. 140.1 y 143.1.5° LC) o bien no presentando propuesta de convenio e incluso no aceptando en junta de acreedores ninguna de las propuestas presentadas (arts. 114,3 y 143.1.2° LC), sin embargo la Ley no les concede otra facultad directa para solicitar la liquidación que la anteriormente analizada (art. 142.4 LC).

En consecuencia fuera del deudor y excepcionalmente cualquier acreedor, vigente convenio, y acreditando la existencia de algún hecho por el que el deudor se encuentre en insolvencia actual (no está legitimada su solicitud por insolvencia inminente) nadie puede solicitar la liquidación, tanto ordinaria como anticipada. Tampoco presentar plan alguno de liquidación, ni en la vía anticipada ni en la ordinaria; salvo, en esta última, a los acreedores, ni siquiera propuestas de modificación; tan solo se permite al resto de interesados –acreedores o no- formular observaciones a la propuesta anticipada del deudor.

III.6 Plazo para solicitar y proponer la liquidación concursal de la empresa

La Ley Concursal permite a la sociedad concursada²⁵⁸ solicitar la liquidación ordinaria en distintos momentos del procedimiento: desde su presentación juntamente con

²⁵⁸ Por la especial atención de este trabajo a las empresas con personalidad jurídica de sociedades de capital, las normas que genéricamente resulten aplicables al deudor, las atribuiremos generalmente a la “entidad deudora” “entidad concursada”, “sociedad concursada” o simplemente “deudora” o “concurada”. Mantendremos, sin embargo, en las citas literales de las normas, de la doctrina y en los autos y sentencias judiciales la denominación que en ellas se dé al deudor.

la declaración de concurso (art. 142.1.1º LC) hasta después de la aprobación judicial del convenio, en los diez días posteriores a la verificación de las adhesiones para su aceptación –en la propuesta anticipada del convenio- o desde la fecha de conclusión de la junta en la que se aceptó una propuesta (art. 128.1 y 3 LC) no aprobada ni formulada por la concursada., así como proponer anticipadamente la liquidación hasta los quince días siguientes a la presentación del informe al juez por la administración concursal.

Por contraste a este amplio margen y diversidad de tiempos concedidos a la deudora para que opte por la liquidación en lugar del convenio, al acreedor se le reduce la facultad de su solicitud al periodo de vigencia del convenio y siempre que pruebe unos hechos tasados. Quizá porque el deseo del legislador sea conseguir en el concurso una solución convenida²⁵⁹, no se fomenta la solución liquidativa desde la vertiente de los acreedores, ya que en la práctica se brinda solamente a la entidad deudora la libertad y flexibilidad de solicitar la liquidación.

Bien es verdad que al ser los efectos de la liquidación más severos para la concursada (Exposición de Motivos VII, párrafo 2º: suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales de disposición; disolución de la persona jurídica; cese de sus administradores o liquidadores y formación automática de la calificación del concurso) parece razonable dejar generalmente la posibilidad de instar la liquidación en manos de la entidad deudora, sobre todo si considera imposible lograr un convenio favorable a sus intereses.

Sin embargo, el arma de la concursada durante la fase común y en la concertación del convenio, para poder solicitar la liquidación en cualquiera de esas fases es, a nuestro juicio, un instrumento legal de inapreciable valor para forzar la cristalización de un convenio a medida de sus intereses o, por lo menos, orientado a conseguir unos resultados quizá más positivos de los que hubiera alcanzado en una posición de menos fuerza. Y ello

²⁵⁹ En la Exposición de Motivos se declara que se preferirán siempre soluciones que garanticen la conservación de la empresa. Pero no dice con qué titularidad (de la deudora o de terceros), ya que la actividad empresarial puede conservarse tanto mediante un convenio, como a través de la enajenación de la empresa, en la fase de liquidación.

sin valorar todavía –lo analizaremos más adelante- el significado de una posible revocación por la entidad concursada de su solicitud de liquidación, en la consecución de un convenio favorable, mediante ese instrumento de presión.

El artículo 142, juntamente con el 128.3 de la LC, y el 142 bis concretan los distintos momentos procesales en los que el deudor está facultado para solicitar la liquidación.

6.1 Solicitud-propuesta anticipada de liquidación

El legislador ha preferido unificar, en la liquidación anticipada, la solicitud de liquidación con la propuesta o plan anticipado de liquidación, en aras a simplificar requisitos y dar celeridad al procedimiento. Ya no se tramitará de manera autónoma como ocurre con la solicitud de liquidación ordinaria, cuyo objetivo será la apertura de la fase de liquidación -si hubiera habido impugnación del inventario y/o lista de acreedores, una vez puestos de manifiesto los textos definitivos- y, por separado, la elaboración del plan de liquidación, presentado al juez por la administración concursal, sino que el deudor presenta la solicitud, al proponer inseparablemente un programa de liquidación anticipada. Por ello, nuestro análisis se centrará en la propuesta anticipada de liquidación, ya que al desarrollar su contenido lo estaremos haciendo también al que corresponde a la solicitud de liquidación anticipada, tanto en lo que se refiere a los pormenores de su presentación, plazo, y requisitos formales, como en lo que atañe a la apertura de la fase liquidatoria, puesto que, finalmente el auto que resuelva el programa o plan de liquidación anticipada lo hará igualmente sobre la apertura de la fase de liquidación, bien aprobando o rechazando la liquidación anticipada. Así pues su estudio conjunto se efectuará en el Capítulo VI que trata sobre las operaciones de liquidación y, en particular sobre la propuesta o plan de liquidación anticipada.

6.2 Solicitud ordinaria de liquidación

6.2.1 En fase preliminar, desde la solicitud de concurso hasta su declaración

La solicitud de declaración de concurso voluntario fija el inicio legal para poder instar la liquidación (art. 142.1.1º LC), tan sólo a voluntad de la entidad deudora. Solicitud que también podrá presentarse dentro del plazo concedido por el juez a la deudora para complementar la acreditación de la insolvencia alegada (art. 14.2 LC)²⁶⁰.

Una vez adquirida firmeza la declaración de concurso, mediante auto judicial en el que se indicará que la sociedad deudora ha solicitado la liquidación (art. 21.1.1º LC) y constante la voluntad de la concursada de mantener esa solicitud, el concurso no tiene más salida que la apertura de la fase de liquidación, hasta su conclusión²⁶¹.

Aunque la LC expresamente no lo indique, cabe también la solicitud de liquidación de la deudora, si ésta se allana a la pretensión del acreedor solicitante del concurso necesario, una vez admitido a trámite e incluso cuando la sociedad deudora inste su propio concurso, después de la solicitud de concurso de cualquier legitimado y antes de ser emplazado (art. 18.1 LC)²⁶². Incluso, admitida a trámite la solicitud de concurso de otros legitimados, cabe solicitar por la deudora su propio concurso (art. 15.2 LC) y, conjuntamente, instar la liquidación²⁶³.

El único deber impuesto a la deudora al solicitar la liquidación, tanto en la solicitud de concurso voluntario como, posiblemente, en la fase instructora de concurso necesario, es

²⁶⁰ BELTRÁN, E., "Apertura de la liquidación a solicitud del deudor y acreedores", en ROJO, A.,- BELTRÁN, E., *Comentarios de la Ley Concursal*, Tomo II, p.2300.

²⁶¹ La conclusión del concurso –constante la fase de liquidación- puede ser procedente por pago o consignación de todos los créditos reconocidos, por comprobación de inexistencia de bienes y derechos de la concursada o de terceros responsables y siempre que todos los acreedores reconocidos, por resolución firme, desistan o renuncien a sus créditos (art. 176.1. 3º, 4º y 5º LC).

²⁶² BELTRÁN, E., "Apertura de la liquidación...", cit., p.2300.

²⁶³ BELTRÁN, E., "Apertura de la liquidación...", cit., p. 2300.

el de acompañar a la petición una propuesta de plan de liquidación (art. 6.4 LC) ²⁶⁴, si bien puede retrasar su inclusión explicando los motivos de la demora (art. 6.5 LC).

6.2.2 Durante la fase común de tramitación de concurso

Una vez declarado, se abre la fase común de tramitación de concurso²⁶⁵, iniciándose las actuaciones recogidas en los Títulos II a IV de la Ley Concursal, que finalizan con el transcurso del plazo de impugnaciones del inventario y lista de acreedores o, presentadas éstas, con la puesta de manifiesto de los textos definitivos en la secretaría del Juzgado (art. 98 LC)²⁶⁶. El juez, constante la solicitud de liquidación de la concursada, no tiene otra posibilidad que dictar la apertura de la fase de liquidación. La solicitud de la deudora, instada en forma, con la petición de concurso o con posterioridad, no pierde su virtualidad durante el decurso de esta fase común. Ni los acreedores –incluso por unanimidad- ni la administración concursal, los trabajadores de la empresa, el juez del concurso, ni siquiera la Administración económica competente tienen facultad suficiente para modificar la voluntad de la concursada. Indefectiblemente, una vez finalizada la fase común²⁶⁷, el juez está obligado a abrir la fase de liquidación (art. 142.2 LC), debiendo proceder además a la formación de la sección de calificación del concurso (art. 163.2 LC).

Llama la atención la falta de un precepto que regule la admisión a trámite de la propuesta de liquidación hecha por la deudora, en contraposición a la urgencia reguladora de la admisión a trámite tanto de la propuesta anticipada de convenio (el juez resuelve sobre su admisión en el mismo escrito de declaración de concurso, si se presenta con la solicitud de concurso voluntario o previamente a su declaración o bien en los tres días

²⁶⁴ Aunque el punto 4 del art. 6 sólo se refiere al supuesto del art. 142.1.1º -solicitud de concurso voluntario-, parece que cabría hacer extensiva la exigencia de acompañar propuesta de plan de liquidación, también en los demás supuestos de solicitud antes de la declaración judicial de concurso.

²⁶⁵ El auto de declaración de concurso produce sus efectos inmediatamente (art. 21.2 LC), siendo ejecutivo aunque no haya adquirido firmeza. Por lo general, no tiene efecto suspensivo el recurso de apelación contra el auto judicial, estimando la solicitud de concurso (art. 20.2 LC).

²⁶⁶ La puesta de manifiesto de los textos se llevará a cabo en la Oficina judicial, según dispone la Ley 13/2009 de 3 de noviembre (art. 17. 15) a partir del 4 de mayo de 2010.

²⁶⁷ A salvo, como indicábamos en nota anterior, las causas de conclusión de concurso del art. 176.1. 3º, 4º y 5º LC.

siguientes a la propuesta, en los demás casos; art. 106.2 LC) como de la propuesta ordinaria de convenio presentada por la concursada o los acreedores (se admite a trámite o se notifica para subsanación de defectos en los cinco días siguientes a su presentación) (art. 114.1 LC). Parece como si el legislador quisiera dar un tiempo de reflexión a la concursada para que pondere su decisión –irreversible en el caso de apertura de la fase de liquidación-.

Durante la fase común, la entidad concursada por regla general (art. 142.1.2º LC) podrá pedir la liquidación ordinaria siempre que:

1. No hubiera presentado propuesta de convenio.
2. Se hubiera denegado su admisión a trámite, si hubiera presentado una propuesta anticipada.
3. Se solicite antes de finalizar el plazo de impugnación del inventario y la lista de acreedores, si no hubiera impugnaciones o hasta la puesta de manifiesto de los textos definitivos, en caso afirmativo.
4. Si no mantiene la propuesta anticipada de convenio, que no fuera aprobada (art. 142.1.3º LC).²⁶⁸

La solicitud de liquidación impide la presentación de una propuesta anticipada de convenio por la concursada la cual, en su ausencia, podría hacerla siempre que no esté incurso en alguna prohibición de las establecidas en el art. 105 y no haya terminado el plazo de presentación de créditos (art. 104. 1 LC). La propuesta ordinaria de convenio que la concursada podría presentar una vez finalizado el plazo de impugnación del inventario y lista de acreedores o, en caso de impugnación hasta que se manifiesten los textos definitivos (art. 113.1 LC) está igualmente vetada si hubiera solicitado la liquidación.

²⁶⁸ Estos condicionantes diferencian claramente la solicitud de liquidación ordinaria de la anticipada. En ésta, cabe solicitarla no sólo propuesto un convenio anticipado por el deudor, sino incluso aunque estuviera admitido a trámite y, por supuesto en plazos más cortos que la solicitud de liquidación ordinaria, ya que la anticipada sólo cabe presentarla, como se ha analizado, hasta quince días siguientes a la presentación al juez del informe elaborado por la administración concursal.

En ausencia de presentación de propuestas ordinarias de convenio por cualquiera de los legitimados, ya en fase de convenio, podrían –tanto la concursada como los acreedores-, presentarlas, desde la convocatoria de la junta de acreedores hasta 40 días antes de la fecha señalada para su celebración (art. 113,2 LC). Pero ello sólo podrá llevarse a cabo si la sociedad deudora no hubiera instado la liquidación.

Finalmente, y aunque recogida en la sección 6ª (Capítulo I del Título V) “De la aprobación judicial del convenio”, la concursada podrá solicitar la liquidación ordinaria, si no hubiera formulado la propuesta de convenio aceptada en junta de acreedores, ni le hubiera prestado conformidad, una vez aprobado por el juez el convenio y dentro del plazo de 10 días desde la fecha de conclusión de la junta (art. 128.1 y 3 LC).

Analizaremos los diversos tiempos procesales en los que la concursada –en la fase común y en la fase de convenio- está facultada para solicitar la liquidación ordinaria. Son tantas las posibilidades de instar la liquidación que mejor hubiera sido establecer que la deudora podrá solicitar en cualquier momento su apertura, ya que sobre ella recae la decisión de negociar o liquidar²⁶⁹.

6.2.3 Presentada la propuesta anticipada de convenio

La presentación por la deudora de una propuesta anticipada de convenio –en ausencia de solicitud de liquidación- efectuada en tiempo, contenido y forma, sin estar inhabilitada por las prohibiciones tipificadas en el art. 105 y estando aprobada con las adhesiones de acreedores que supongan al menos la mitad del pasivo ordinario del concurso (art. 124 párrafo 1º LC) y sin oposición o rechazo de oficio, será aprobada por sentencia judicial, finalizando la fase común, sin apertura de la fase de convenio, con los efectos que se expresan en los arts. 133-136 LC (art. 109 LC).

²⁶⁹ BELTRÁN, E., “Apertura de la liquidación a solicitud de deudor y acreedor”, cit., pp. 2296-2297.

Sin embargo, la presentación de una propuesta anticipada por la concursada no siempre impide la solicitud de liquidación,²⁷⁰ ya que si se deniega su admisión a trámite por el juez (art. 142.1.2º LC) una vez presentada, queda abierta la posibilidad de instar su apertura. El juez debe rechazar su admisión cuando las adhesiones de acreedores ordinarios o privilegiados no alcancen el 20% del pasivo presentado por la deudora –o de un 10% si se ha presentado con la solicitud de concurso voluntario- (art.106.1 LC), por infracción legal del contenido de la propuesta o estar incurso en alguna prohibición (art. 106.3 LC). Igualmente, presentada la propuesta anticipada de convenio, cabe la solicitud de liquidación si es revocada por la concursada en tiempo y forma²⁷¹.

Por otra parte, y aunque inicialmente sea admitida a trámite la propuesta de convenio anticipada, una vez evaluado su contenido por la administración concursal, sobre todo en lo referente al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad -si el informe fuera desfavorable-, podrá el juez dejar sin efecto su admisión (art. 107 LC).

Y ya en el periodo que transcurre desde su admisión a trámite hasta el fin del plazo de impugnación del inventario y lista de acreedores y, en caso de impugnación, hasta la manifestación de los textos definitivos, puede cualquier acreedor –si resultan modificadas la clase o cuantía de su crédito- revocar su adhesión, si no se han obtenido adhesiones suficientes para alcanzar la mayoría, se hubieran infringido las disposiciones legales que regulan su contenido o bien por inviabilidad de su cumplimiento, de tal forma que el juez podrá rechazar el convenio anticipado, dando paso a la posibilidad de instar la apertura de liquidación por la sociedad concursada.

La no admisión a trámite por el juez de la propuesta anticipada de convenio, la dejada sin efecto o la revocada por la concursada, no implican por sí mismas la imposibilidad de presentación de una nueva propuesta anticipada o incluso la solicitud de liquidación.

²⁷⁰ DÍAZ MORENO, A., “La articulación de las fases...”, art. cit., pp. 13 y 16.

²⁷¹ El incumplimiento del plazo legal para la presentación de las adhesiones (el de comunicación de créditos art. 104) podría no ser suficiente motivo para rechazar por el juez la admisión a trámite de la propuesta, (art. 85. 1 en relación con el 21,1, 5º LC), si se justifica de modo suficiente la demora –siempre que ésta no hubiera sido excesiva- y se hubieran cumplido el resto de los requisitos para su admisión.

Siempre que no haya expirado el pazo de comunicación de créditos (art. 104 LC)²⁷² se podrá presentar nueva propuesta anticipada o bien, solicitar la liquidación, por considerar el deudor concursado la imposibilidad de concitar adhesiones a aquellas nuevas propuestas que pudieran serle de interés²⁷³.

Admitida a trámite la propuesta, si no procede la aprobación del convenio, el juez requerirá de inmediato a la deudora para que en el plazo de tres días manifieste si mantiene la propuesta anticipada de convenio para su sometimiento a la junta de acreedores o desea solicitar la liquidación (art. 110.1 LC).²⁷⁴ Ante el requerimiento judicial, la concursada puede optar por guardar silencio (art. 111.1 LC); incluso podría reservarse el derecho de presentar una propuesta diferente de convenio (art. 113.2 LC) –ya en fase de convenio–, siempre que ella misma o los acreedores no hubieran presentado ninguna (art. 113.1 LC)²⁷⁵.

Desde la comunicación de créditos hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y lista de acreedores o, en caso de impugnación, desde la manifestación de los textos definitivos tanto la concursada –sin haberse aprobado ni resultar mantenida una propuesta anticipada de convenio– como los acreedores que superen una quinta parte del pasivo total computado, podrán presentar propuestas de convenio, siempre que la

²⁷² Cabría pensar que el juez podría, en su caso, aceptar fuera de plazo una nueva propuesta anticipada, si la no consecución de adhesiones a su primera propuesta hubiera coincidido con la finalización del plazo de comunicación de créditos, lográndose en cambio adhesiones por la quinta parte del pasivo a la nueva propuesta, en un tiempo razonable. De todas formas, este aspecto, en caso de aprobación del convenio, podría ser motivo de oposición por quienes están activamente legitimados (art. 128 LC), si bien la oposición sólo podrá fundarse en la infracción de normas “sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de la adhesión...”, sin incluir explícitamente el plazo de su presentación (art. 106. 3 LC), cosa que ocurre con la admisión a trámite de la propuesta ordinaria de convenio, ya que su admisión por el juez se llevará a cabo si se cumplen las condiciones de **tiempo**, forma y contenido establecidas en la ley (art. 114.1 LC).

²⁷³ Para algunos autores la no procedencia de la aprobación del convenio mediante propuesta anticipada, incluiría la no admisión a trámite de la propuesta, al estar el deudor afectado por las prohibiciones del art. 105 LC. Vid. SACRISTÁN REPRESA, M., “El convenio anticipado en la LC (notas sobre su régimen específico)”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4749-4751.

²⁷⁴ No procede requerir al deudor si, al presentar la propuesta anticipada, optó por su mantenimiento o solicitó la liquidación si no se alcanzasen las adhesiones suficientes o el juez no aprobase el convenio aceptado. ROJO, A., “Aprobación judicial del convenio”, en ROJO, A.,-BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, pp. 1985-1988.

²⁷⁵ ROJO, A., “El convenio anticipado” cit., pp. 140-143 y “Mantenimiento de propuestas no aprobadas (art. 110)”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E., *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo II, p. 1988.

concurzada no hubiera solicitado la liquidación (art. 113.1. LC). Transcurridos quince días desde la finalización del plazo expresado, el juez pondrá fin a la fase común. En estos casos el juez deberá abrir la fase de convenio, salvo que el concursado se hubiera decantado por solicitar la liquidación, en cuyo caso procederá a su apertura²⁷⁶.

En conclusión, la sociedad concursada, durante la fase común, puede optar por solicitar la liquidación ordinaria:

1. Si no ha presentado propuesta anticipada de convenio, desde la declaración de concurso hasta la finalización del plazo de comunicación de créditos (art. 104.1 LC).
2. Si no ha presentado propuesta ordinaria de convenio desde la finalización del plazo de comunicación de créditos hasta finalizar el plazo de impugnación del inventario y lista de acreedores o la manifestación de los textos definitivos ante la secretaría del Juzgado, si hubo impugnación.
3. Por revocación de la propuesta anticipada antes de su admisión a trámite²⁷⁷.
4. Si habiendo presentado propuesta anticipada, no se hubiera admitido a trámite por el juez, se hubiera rechazado o se dejare sin efecto en base a la evaluación negativa de la propuesta, efectuada por la administración concursal, en función de su plan de pagos o por la inviabilidad objetiva de su cumplimiento.
5. Por el rechazo judicial de la propuesta de convenio anticipado en base a la insuficiencia de adhesiones o infracción legal en su contenido²⁷⁸.

²⁷⁶ La tramitación de la propuesta anticipada de convenio no debe impedir que los acreedores presenten las suyas propias ex art. 113.1, ni al juez admitirlas a trámite, siempre de manera condicionada a que no sea aprobado el convenio y la deudora no solicite la liquidación. Pero el juez no podría decidir la apertura de la fase de convenio antes de culminar la tramitación de la propuesta anticipada (decisión que sí adoptará una vez rechazado el convenio anticipado) y siempre que el concursado no solicite la liquidación. DÍAZ MORENO A., “La articulación...”, art. cit, p. 16.

²⁷⁷ Si bien la propuesta anticipada, admitida a trámite, es irrevocable e inmodificable, existen dudas sobre su revocación antes de ese momento, si los acreedores que han prestado inicialmente su consentimiento a la adhesión y los adheridos después de la presentación de la propuesta se mantienen en su adhesión. Para DÍAZ MORENO posiblemente la propuesta anticipada del deudor podría considerarse irrevocable en el momento de alcanzar la adhesión de una quinta parte del pasivo del concurso. DÍAZ MORENO, A., La articulación...”, art. cit., pp. 25-26, nota 35.

²⁷⁸ Si el rechazo del convenio en base a una propuesta anticipada se basa en la insuficiencia de adhesiones, cabrá –además de solicitar la liquidación– mantener la propuesta para someterla a la junta de acreedores. Sin

6. Por estimarse la oposición a la aprobación del convenio planteada por sujeto legitimado (art. 128.1 LC), basada en la propuesta anticipada aprobada por el Juez.
7. Si no procediendo la aprobación de la propuesta anticipada de convenio, la deudora no deseara mantener tal propuesta para someterla a la Junta de acreedores. (art. 110.1 LC).

6.2.4 Solicitud ordinaria de liquidación en la fase de convenio

La fase de convenio, supuesta la ausencia de solicitud de liquidación de la concursada, puede comenzar, desde la óptica de la deudora:

1. Manteniendo la propuesta anticipada (art. 110.1 LC).
2. Manteniendo, en su caso, o proponiendo propuesta ordinaria de convenio, por no presentación, revocación o inadmisión a trámite de una propuesta anticipada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y lista de acreedores o de la manifestación, en caso de impugnación, de los textos definitivos.
3. Guardando silencio sobre la decisión a adoptar al respecto (arts. 111.1 y 113.1 LC)²⁷⁹.

La apertura de la fase de convenio se produce cuando el juez dicta auto poniendo fin a la fase común de concurso, “pasados quince días” desde la finalización del plazo de impugnación del inventario y lista de acreedores o manifestación, en su caso, de los textos

embargo, si su no aprobación es debida a infracción de normas sobre el contenido del convenio o por inviabilidad de su cumplimiento, sólo sería posible solicitar la liquidación, ya que consideramos que no cabría mantener la propuesta para someterla a la junta en base a la imposibilidad de su admisión a trámite en fase de convenio, si el defecto fuera insubsanable o no se hubiera subsanado en el plazo legalmente previsto (art. 114.1 LC).

²⁷⁹ Es posible que el concursado guarde silencio y no cumplimente el requerimiento o manifieste que se reserva el derecho de presentar una diferente, siempre que los acreedores no hubieren presentado ninguna DÍAZ MORENO, A., “La articulación...”, art. cit., p. 15, nota 15.

definitivos, siempre y cuando la concursada no hubiera solicitado la liquidación o no se hubiese aprobado una propuesta anticipada.²⁸⁰

Si la propuesta de convenio de la deudora fuera ordinaria o se tratase también de propuestas presentadas por los acreedores, el juez, antes de su admisión a trámite o rechazo, analizará el cumplimiento de todas las prescripciones de tiempo (15 días después del plazo de impugnación o de la manifestación del los textos definitivos del inventario y lista de acreedores), forma y contenido. Si el juez las admite a trámite, el sujeto o sujetos legitimados de las propuestas no podrán ya revocarlas ni modificarlas. Permanecen inalterables hasta su aprobación o rechazo en junta de acreedores. Obviamente, la concursada no podrá ya –si su propuesta ordinaria es la admitida a trámite- solicitar la liquidación. Tampoco –como veremos más adelante- podrá solicitarla si el convenio es aprobado en junta de acreedores y posteriormente por el juez, en base a su propuesta, bien fuera ésta ordinaria o anticipada (art. 128. 3 LC).

La concursada, en base a lo expuesto, tiene libertad, en principio, para presentar solicitud de liquidación ordinaria durante la fase de convenio siempre que no hubiera mantenido su propuesta anticipada no aprobada, no hubiera presentado propuesta ordinaria o, presentada ésta, no hubiera sido admitida a trámite²⁸¹.

¿Qué ocurre ante las propuestas de convenio presentadas por los acreedores? En primer lugar sólo pueden presentar propuestas en ausencia de solicitud de liquidación de la deudora. En tal caso, si superan una quinta parte del pasivo resultante de la lista definitiva, pueden presentarlas en el lapso de tiempo que transcurre entre la finalización del plazo de comunicación de créditos y el del plazo de impugnación de los mismos o de

²⁸⁰ En caso de mantenerse la propuesta anticipada no aprobada, el auto del juez no será de apertura de convenio, sino de convocatoria de la junta de acreedores (art. 111. 2. párrafo 3º LC) para su deliberación. Propuesta que deberá votarse siempre en primer lugar (art. 121. 2 LC), tratándose las presentadas por los acreedores, sólo si la del concursado no fuera aceptada.

²⁸¹ La concursada puede solicitar la liquidación antes de que el juez admita a trámite las propuestas de convenio ordinario (art. 114.1 LC) Si ello ocurriese el juez (el secretario judicial a partir de la entrada en vigor el 4 de mayo de 2010, de la Ley 13/2009, art. 17.23) deberá rechazar la admisión a trámite de cualquier propuesta. En tal caso, el Juez, **de oficio**, acordará la apertura de la fase de liquidación (art. 143.1.1º LC).

su manifestación definitiva, si se hubieran producido impugnaciones (art. 113.1 LC). Pues bien, presentadas en forma dichas propuestas, y siempre que la concursada no hubiera presentado una suya, ésta tiene la posibilidad de pedir la liquidación dentro de los cinco días siguientes a aquél en que los acreedores las hayan presentado (art. 142.1.4º LC).²⁸²

La Ley, por otra parte, da un nuevo plazo para la presentación de propuestas de convenio, si no se hubiera presentado o mantenido ninguna, bien por la concursada o por los acreedores. Esta última oportunidad que brinda la LC tiene como fundamento el cierre definitivo de la fase de convenio, si no se presentase en plazo propuesta alguna de convenio. Por ello, desde la convocatoria de la junta de acreedores hasta 40 días antes de la fecha señalada para su celebración, los acreedores –también la concursada- podrán presentar propuestas (art. 113.2 LC).

La concursada, si no hubiera presentado ninguna propuesta en el lapso temporal del art. 113,2 LC, y aunque la Ley expresamente no lo indica, podría solicitar la liquidación antes de su aceptación en junta, una vez analizadas las diversas propuestas planteadas por los acreedores. Parece congruente con el desarrollo del proceso la posibilidad de comprobar la conveniencia o no de las distintas alternativas que los acreedores hayan podido presentar, ya que no puede olvidarse que un convenio implica un acuerdo bilateral de voluntades. Se podría objetar que un convenio aprobado en junta de acreedores, y posteriormente por el juez, resulta aprobado, aunque la deudora no dé expresamente su anuencia. Sin embargo, la concursada no sólo puede oponerse al convenio, judicialmente aprobado, sino que la Ley le permite su última baza y es solicitar la liquidación en el plazo de diez días siguientes a la fecha de conclusión de la junta que aprobó el convenio (art. 128.3 LC)²⁸³.

²⁸² Mejor hubiera sido que el plazo de cinco días se computase desde la comunicación a la concursada de la presentación de las propuestas de convenio, pues sólo conociendo su contenido, podrá decidir si presenta o no solicitud de liquidación. Vid BLASCO GASCÓ, F., “De la fase de liquidación”, en SAGRERA, J. M. – SALA, A.,- FERRER, A., *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. II, Bosch 2004, p.1505.

²⁸³ Vid. DÍAZ MORENO, A., “La articulación...”, art. cit., p. 27, nota 41.

Si la concursada pudiera solicitar la liquidación después de analizar todas las propuestas presentadas por los acreedores y admitidas a trámite, se acortaría la duración del procedimiento, en beneficio de los acreedores, al disminuir el deterioro en el valor de la masa activa, que normalmente existe mientras dura el concurso y que se agranda cuanto mayor sea ese plazo.

6.2.5 Solicitud ordinaria de liquidación una vez aprobado judicialmente el convenio

Aún aprobado el convenio por el juez, haya o no habido oposición por el resto de quienes están activamente legitimados para ejercitarla, la concursada le queda todavía la posibilidad de oponerse igualmente a su aprobación, de acuerdo con las causas expresadas en el apartado 1 del art. 128 LC.

Pero la Ley no sólo le da la posibilidad de oponerse. Si lo desea, y dentro de los diez días siguientes a la fecha de conclusión de la junta, como ya hemos expuesto, puede solicitar también la apertura de la fase de liquidación, siempre que no hubiere formulado la propuesta de convenio aprobada por la junta ni le hubiera prestado su conformidad (art. 128. 3 LC). Por supuesto, entendemos que se equipara a la propuesta por ella formulada, la propuesta anticipada no aprobada, y mantenida por la concursada para ser sometida a la junta de acreedores.

6.2.6 Solicitud ordinaria de liquidación durante la vigencia del convenio

Una vez aprobado en firme el convenio –tanto por mayoría de adhesiones en base a propuesta anticipada, como en junta de acreedores, si se trata de propuesta ordinaria del deudor o de los acreedores- adquiere plena eficacia, cesando los efectos de la declaración de concurso y sustituyéndose por el cumplimiento de todo lo en él establecido (art. 133 1 y 2 LC). Cesan en su cargo los administradores concursales y la deudora conserva o recupera el ejercicio de sus facultades de administración y disposición, plenas o limitadas, de acuerdo con lo que disponga el convenio (art. 137. 1 LC). Los créditos –ordinarios y

privilegiados de los acreedores que hayan votado el convenio²⁸⁴-, así como los créditos subordinados -cuyos titulares no tienen voto en el convenio- quedan extinguidos en la quita que les alcance y aplazados en la exigibilidad por el tiempo de espera pactado (art. 136 LC).

La LC prevé que el convenio, basado tanto en propuesta anticipada como en ordinaria, durante su ejecución, pueda verse sustancialmente alterado, hasta el punto de resultar imposible su cumplimiento, en cuanto al plan de pagos comprometidos y a las obligaciones contraídas, una vez aprobado el convenio.

a) Liquidación solicitada por la sociedad concursada

Cuando la concursada conoce la imposibilidad de cumplir con los pagos y obligaciones contraídas en el desarrollo del convenio²⁸⁵, la Ley le obliga a solicitar la liquidación. El desarrollo del convenio -y en base al conocimiento de los eventos expresados- es el único momento procesal en el que la sociedad deudora se ve obligada legalmente a solicitar la liquidación del concurso, ya que en cualquiera de los momentos procesales anteriores la solicitud de liquidación era una facultad y no un deber.

²⁸⁴ Los titulares de créditos subordinados, por disposición legal, no tienen derecho a voto en la junta (art. 122.1.1º LC). Sin embargo hay autores que plantean la posibilidad de apertura de la fase de convenio, y por tanto con derecho a voto en junta, cuando todos los acreedores reconocidos fueran subordinados. Vid. GONZÁLEZ GOZALO, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, o.c., pp. 1222-1224-1225. DÍAZ MORENO razona en contra de esta posibilidad en base a la jerarquía entre los créditos subordinados, que implica graduación entre ellos y por tanto imposibilidad de determinar cómo habrían de realizarse las votaciones, quiénes podrían votar y de qué manera. Vid. in extenso DÍAZ MORENO, A., “La articulación...” art. cit., pp. 23-24, nota 30.

²⁸⁵ La imposibilidad de cumplimiento se refiere a todas las deudas del concursado, tanto a las anteriores a la aprobación judicial del convenio –sean créditos contra la masa, incluso los no sometidos al convenio como los privilegiados no vinculados al mismo al no haberse adherido a él o votado en contra- como a las adquiridas con posterioridad a su aprobación. BELTRÁN, E., “Apertura de la liquidación a solicitud del deudor o acreedores (art. 142)”, en ROJO, A.,-BELTRÁN, E., *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo II, p. 2309 ; “La conversión...”, cit., p. 1204 y “La liquidación”, en Revista del Poder Judicial, Número especial “La Ley Concursal”, XVIII, 2004 p.418. DÍAZ MORENO, A., “La articulación...”, art. cit., p. 45. En “todas las deudas del concursado”, deben incluirse también los créditos subordinados. Para BELTRÁN, -opinión que compartimos- aunque el concursado hubiera satisfecho todos los créditos privilegiados, ordinarios y contra la masa “si conoce la imposibilidad de satisfacer los créditos subordinados tiene el deber de solicitar la apertura de la “liquidación”. BELTRÁN, E., “La liquidación...”, art. cit., p. 418.

Con este supuesto se consigue un rápido tránsito de la opción negociada a la liquidatoria, antes de que se produzca el fracaso del convenio. No es necesario que trascurren 2 meses desde el momento del conocimiento de la insolvencia –art. 5.1 LC-. Por el contrario, deberá solicitarse la liquidación inmediatamente²⁸⁶.

Cabe destacar, como notas características de esta solicitud de liquidación necesaria de la deudora:

1. La subsidiariedad. Su presentación sólo durante la vigencia del convenio; no sólo por su incumplimiento sino por la previsión de futuro incumplimiento²⁸⁷.
2. Su carácter imperativo, ya que el deber de solicitud es taxativo, si se dan los supuestos contemplados en la norma.
3. Automatismo en la apertura de la fase de liquidación, una vez solicitada, ya que el juez no puede rechazar su solicitud (aunque si ponderarla para que no se produzcan arbitrariedades y abusos), ni los acreedores oponerse, salvo defectos formales en la solicitud o por presentación extemporánea²⁸⁸. Es de resaltar por otra parte, la no exigencia a la deudora de aportar documentación sobre hechos del concurso²⁸⁹ que demuestren fehacientemente la insolvencia. Es más, ni siquiera se precisa la

²⁸⁶ BELTRÁN, E., “La apertura de la fase de liquidación”, en QUINTANA, I., -BONET, A., -GARCÍA CRUCES, J.A., *Las claves de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi 2005, p. 521

²⁸⁷ ANDREU MARTÍNEZ, B., *Incumplimiento anticipado: regulación en los principios de derecho contractual europeo y solicitud a la vista del Código Civil español en base a un Derecho contractual europeo*, Valencia 2003, pp. 333 ss.

²⁸⁸ BLASCO GASCÓ, P., “La fase de liquidación concursal”, art. cit., p. 511.

En auto del Juzgado nº 1 de lo Mercantil de Bilbao, se matiza el automatismo del juez, en caso de imposibilidad de cumplimiento del convenio. El art. 142.3 LC “ordena de manera expresa que “presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación”. Aunque la norma parezca incluir un mandato imperativo, alguna ponderación judicial es necesaria para excluir arbitrariedades y abusos, en tanto que una de las consecuencias de la apertura de la fase de liquidación como es la formación de la sección de calificación, no será posible en este caso en tanto que ya se había acordado en la sentencia que aprueba el convenio, tramitándose con el resultado de archivo por coincidir en la calificación fortuita tanto la administración concursal como el ministerio fiscal (art. 170.1 LC), decisión que no era posible recurrir por disposición expresa de la ley”. Ponderación que se extiende también a razones aducidas por las concursadas, “que en esencia consisten en el incumplimiento de un tercero, pudiendo apreciarse que efectivamente hay razones para proceder a abrir la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio”. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, núm. 433/2007, de 26 de septiembre (procedim. 9/2004), AC 2007/1810.

²⁸⁹ BELTRÁN, E., “La liquidación”, cit., p. 521. TORIBIOS FUENTES, F., “Liquidación necesaria solicitada por el deudor”, en SÁNCHEZ CALERO, J., -GUILARTE, V., *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova 2004, p. 2544.

existencia de insolvencia inminente. Se trata de hechos futuros e inciertos. Generalmente no existen pruebas de la presunción²⁹⁰.

Esta autonomía de la entidad deudora en la solicitud de liquidación, al prescindir de pruebas del “conocimiento” sobre la imposibilidad en el cumplimiento del convenio, puede conducir tanto a una liquidación precipitada –sin que haya una auténtica situación irreversible, con el fin de no incurrir en una posible causa de responsabilidad en la calificación del concurso–, como en presumir la inexistencia de un cumplimiento imposible en los pagos comprometidos u obligaciones asumidas en el convenio, incumpliendo el deber de colaboración e información que tiene con carácter general el deudor (art. 165.2º LC) y guardando cierta semejanza con el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (art. 165.1º LC), para el que, si bien no se prevé sanción, cabe calificarlo de culpable, salvo prueba en contrario²⁹¹.

A pesar de las razones aducidas, la norma es clara: ante la solicitud de liquidación en base al número 3 del art. 142 LC, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación²⁹².

La consideración de imposibilidad de cumplimiento del convenio, del que se deriva el deber de solicitar la liquidación, recae, cuando se trata de personas jurídicas y, en concreto, de sociedades de capital, en su órgano de administración o de liquidación²⁹³. En los supuestos de solicitud voluntaria –que son todos los analizados desde la solicitud de declaración de concurso hasta la ejercitada en el plazo de oposición a la aprobación

²⁹⁰ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 418. MANZANO CEJUDO, A., “La liquidación”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. – SÁNCHEZ ALVAREZ, M., (coord.), *Comentario a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Barcelona 2004, p. 629.

²⁹¹ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 521.

²⁹² Sin embargo, la solicitud de concurso **no** produce automáticamente la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación, ya que la decisión corresponde al Juez. Vid Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao procedim. 9/2004 de 26 septiembre 2007. (Anuario de Derecho Concursal –ADC– 2008-2, nº 14, p. 592).

²⁹³ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit. p. 521. Para DE LA CUESTA RUTE, la LC nada indica, en caso de solicitud **necesaria**, como ocurre en este supuesto. A su juicio, será la Junta General de socios, en cualquier estadio del concurso en que se solicite la liquidación **voluntaria**, quien ejercite esa facultad, ya que estando la sociedad en plena actividad, la apertura de la fase de liquidación implicará automáticamente la disolución de la sociedad. DE LA CUESTA RUTE, J. M., “La fase de liquidación”, en *Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores*, cit., p. 252.

judicial del convenio- parece que debiera ser la Junta General de socios quien adoptase el acuerdo de solicitar la liquidación, según los argumentos analizados en su momento. Sin embargo, aquí no cabe voluntariedad en la solicitud. Es una solicitud forzosa, por imperativo legal, la cual, aunque la Junta de socios se negase a presentarla, su decisión sería nula y al órgano de administración no se le imputaría responsabilidad por el incumplimiento de la decisión de la Junta (salvo demostración objetiva de viabilidad de su cumplimiento), sino que sería responsable de la no presentación de la solicitud, en el caso de basarse en el conocimiento de la imposibilidad de pagar lo que la sociedad ha asumido en el convenio y de cumplir todas las obligaciones allí concertadas (criterio similar a la inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio –art. 128.2 LC-, como causa de oposición a su aprobación judicial, pero que aparece en un momento posterior a su aprobación en firme)²⁹⁴.

b) Liquidación solicitada por los acreedores

Como anteriormente señalamos, los acreedores –cualquier acreedor, se indica en la norma- pueden solicitar la liquidación. El periodo en el que se les permite cursar la solicitud, es el mismo que el contemplado para el deudor con el deber de llevarla a cabo: la vigencia del convenio; vigencia que transcurre desde la aprobación del convenio, hasta su conclusión, que ocurrirá cuando sea firme el auto de cumplimiento del mismo, haya transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, fueren rechazadas por resolución judicial firme las eventualmente ejercitadas (art. 141 LC).

Este es el único tiempo procesal en el que la ley permite a los acreedores solicitar directamente la liquidación. Los acreedores también pueden solicitar del Juez la declaración de incumplimiento del convenio (art. 140.1 LC), pero no directamente la

²⁹⁴ Para algunos autores el concurso, en este caso, debería calificarse de culpable, salvo prueba en contrario. El art. 164.2. 3º LC indica expresamente que el concurso se calificará como culpable, cuando la causa de la apertura de liquidación por incumplimiento del convenio fuera imputable a la concursada; así pues, cabe que se den circunstancias ajenas a su conocimiento, que no le permitan conocer la imposibilidad de cumplimiento de lo acordado. Vid. BELTRÁN, E., “Apertura de la liquidación”, cit., p. 2306.

liquidación. Incluso pueden conseguir la apertura de la fase de liquidación no presentando ninguna propuesta de convenio (art. 114 LC) o no aceptando en Junta ninguna de las presentadas (art. 143.1.2º LC). Sin embargo, estas posibilidades de alcanzar la apertura de la liquidación no están directamente en manos de los acreedores, sino que son consecuencia de su inactividad o negativa respecto al convenio.

La Ley no les impone ninguna obligación. Brinda a los acreedores esta facultad, constante convenio. Facultad que alcanza a todos los acreedores, no sólo a los concursales –ordinarios, privilegiados y subordinados- sino también a los acreedores de la masa, tanto a los existentes con anterioridad, como a los que resulten de obligaciones contraídas después de aprobado el convenio (arts. 49 y 84.1 LC) ²⁹⁵.

Cualquier acreedor²⁹⁶ puede solicitar la liquidación si la concursada no la solicitase durante la vigencia del convenio. Literalmente, la norma parece imponer al acreedor una condición, cuál es la de confirmar la no solicitud de liquidación por la deudora, estando obligado a hacerlo, cuando conozca, vigente convenio, la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas, posteriores a la aprobación del convenio (art. 142.3 LC)²⁹⁷. Sin embargo, en tal caso sólo podrían solicitar la liquidación cuando el convenio no estuviera en vigor. Por ello, parece que la interpretación más acorde con el espíritu de la norma es la de que los acreedores puedan solicitar la

²⁹⁵ Para BELTRÁN, la inclusión de acreedores que su extraconcursalidad los hace inmunes al convenio y a sus posibles consecuencias negativas (acreedores de créditos contra la masa), así como a los privilegiados no votantes en el convenio por su no vinculación al mismo, puede deberse a la calificación del concurso que comporta la apertura de la fase de liquidación (art. 163.1.2º LC), lo que puede implicar importantes consecuencias a favor de los acreedores, como la condena de los administradores a pagarles todo o parte de los créditos no percibidos en la liquidación (art. 172.3 LC) Vid. BELTRÁN, E., “La liquidación”, en Revista del Poder Judicial, Número especial, *La Ley Concursal*, XVIII, 2004, pp. 420-421. Vid. también, BELTRÁN, E., “La apertura de la fase de liquidación”, cit., pp. 525-526. Para otros autores, los acreedores de la masa sólo estarían facultados para solicitar la liquidación, si tienen obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio (art. 84.2.9º LC), no considerando legitimados los créditos contra la masa, bien anteriores a la declaración de concurso, bien los producidos con anterioridad a la aprobación del convenio. Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la apertura de la fase de liquidación (art. 142)”, cit., pp. 1541-1542.

²⁹⁶ La norma sólo se refiere a acreedores. La frase “cualquier acreedor” supone excluir al Ministerio Fiscal, los trabajadores -si no son acreedores-, socios, etc.

²⁹⁷ TORIBIOS FUENTES, F., “De la apertura de la fase de liquidación”, cit., p. 2545.

liquidación, vigente convenio, aunque la concursada no haya cumplido con el deber de hacerlo²⁹⁸.

Por otra parte, los acreedores no pueden suplantar a la deudora en su deber de instar la liquidación ex art. 142.3 LC. Ningún acreedor está facultado o legitimado, ni directa ni subsidiariamente, para solicitar la liquidación en su nombre. Si no la solicita la deudora, el acreedor no puede hacerlo de manera subsidiaria²⁹⁹.

Además, los supuestos de hecho son distintos: a la deudora se le impone la obligación de solicitar la liquidación si conoce la imposibilidad de cumplir los pagos y obligaciones contraídas, lo cual sólo ella está en condiciones de conocer, ya que se refiere fundamentalmente a eventos que se van a producir en un futuro. Sin embargo, el acreedor debe acreditar hechos ex art. 2.4 LC, que constituyen el fundamento de la insolvencia actual y que ya se han producido. La deudora no necesita probar el conocimiento de la imposibilidad de cumplimiento, lo cual es obligado para los acreedores solicitantes de la liquidación³⁰⁰. Finalmente el juez dicta auto abriendo la fase de liquidación ante la petición de la deudora; en cambio el juez, ante la solicitud de un acreedor, abrirá un procedimiento, cuya conclusión llevará al pronunciamiento de un auto en el que se resolverá la procedencia o no de abrir la fase liquidativa.

Los acreedores deberán probar, por tanto, no el estado de insolvencia de la deudora, sino alguno de los hechos por los que se explicita la insolvencia actual, en concreto:

1. la existencia de un embargo fundamentado en un título por el que se despacha ejecución, con resultado de insuficiencia de bienes bastantes para el pago;
2. el sobreseimiento en el pago corriente de las obligaciones de la deudora;
3. existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afectan de manera general al patrimonio de la deudora;

²⁹⁸ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 419.

²⁹⁹ BLASCO GASCÓ, P., “La fase de liquidación concursal”, art. cit., p. 513.

³⁰⁰ DE LA CUESTA RUTE, J.M., “La fase de liquidación” cit., p. 253. TORIBIOS FUENTES, F., “De la apertura de la fase de liquidación”, cit., p.2545.

4. el alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de bienes, producido por la deudora;
5. el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias o pago de cuotas de la Seguridad Social, saldos o indemnizaciones derivadas de contratos del trabajo³⁰¹.

El acreedor no puede solicitar la liquidación en base a una previsión de posible incumplimiento de los pagos y obligaciones comprometidas (insolvencia inminente). Esa posibilidad –con carácter de obligación, no de facultad- la tiene solamente la deudora.

La prueba del hecho o hechos en que se sustenta la solicitud del acreedor podría parecer una redundancia, pues ya se efectuó en el contradictorio que dio lugar a la declaración de concurso necesario³⁰². Sin embargo, los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas en el convenio han cristalizado en base a una quita y/o espera e incluso en créditos concedidos a la concursada que han llevado a un plan de viabilidad (art. 100. 1 y 5 LC), con el que se ha conseguido enderezar la situación de la empresa. Por ello, si se constatan en esta nueva trayectoria hechos que dieron lugar a la declaración de concurso por insolvencia actual, deberán acreditarse de nuevo, ya que la situación de la entidad no es la misma que propició su declaración de concurso, ni los créditos de los acreedores afectados por el convenio son los mismos que fueron aprobados definitivamente en la lista de acreedores, por efecto de la novación producida por la quita y/o modificación en los plazos de pago convenidos (art. 136 LC), aparte de afectar también a las nuevas obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación del convenio³⁰³.

³⁰¹ Hechos fáciles de documentar, salvo el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de bienes, que normalmente deberán acreditarse mediante información testifical. TORIBIOS FUENTES, F., “De la apertura de la fase de liquidación”, p. 2545.

³⁰² BLASCO GASCÓ, P., “La fase de liquidación concursal”, art. cit., p. 508.

³⁰³ Nos encontramos –a juicio de UCEDA OJEDA- ante obligaciones nuevas contraídas por el deudor al reanudar su actividad, después de aprobado el convenio, pues el embargo de bienes por ejecuciones pendientes (art. 2.4.2º LC) deberá referirse a nuevas obligaciones. La alusión a obligaciones incumplidas en el los 3 meses anteriores a la solicitud, nos conduce a créditos distintos de los relacionados en la lista de acreedores. La situación que regula este supuesto no es el incumplimiento del convenio en sí, sino el riesgo efectivo de insolvencia del deudor que se materializa en los hechos del art. 2.4 LC. UCEDA OJEDA, J., “Apertura de la liquidación por solicitud de los acreedores”, en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., (coord.), *Derecho Concursal Práctico*, La Ley, 2004, pp. 672-673.

¿Cómo se sustancia la acreditación de los hechos que posibilitan a cualquier acreedor la liquidación, vigente convenio? Mediante el trámite previsto en los arts. 15 y 19 de la Ley para la provisión sobre la solicitud de concurso de legitimados distintos a la deudora. El juez, mediante auto, la admitirá a trámite y emplazará a la deudora, de acuerdo con la representación, defensa procesal y domicilio, regulados en el art. 184 LC ³⁰⁴, acumulando a esa solicitud, ya repartida, las que puedan presentarse posteriormente, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones.

Se da a la deudora un plazo de 5 días, desde el traslado de la solicitud, para que pueda formular oposición si lo desea y que aporte los medios de prueba pertinentes (art. 15 LC). Si se opone, sólo debe basar la oposición en la inexistencia del hecho que fundamenta la solicitud y no en que con ello no se ha producido insolvencia³⁰⁵. En tal caso, el juez, una vez sustanciada la fase probatoria, dictará auto, que deberá ser motivado (art. 208.2 y 218,2 LEC), incluso si la deudora no presentase oposición (art. 18.1 LC), razonando los hechos que se aleguen³⁰⁶.

Si no compareciere el acreedor solicitante o no ratificase su solicitud, ¿puede mantener la solicitud otro acreedor o el Juez debe dictar auto de no procedencia de apertura de liquidación? Del art. 19.3 LC se desprende que si el juez considera que cabe la existencia de un hecho tipificado en el art. 2.4 LC en la petición hecha por el acreedor solicitante no compareciente, si hubiera otros acreedores comparecidos e incluso

³⁰⁴ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 421. Para algunos no haría falta ordenar el emplazamiento, ya que el deudor fue emplazado en el momento procesal oportuno; sí deberá darle traslado de la solicitud y citarlo para que comparezca en 5 días y pueda formular oposición. BLASCO GASCÓ, P., “La fase de liquidación concursal”, cit., 511-512.

³⁰⁵ BELTRÁN, E., “Apertura de la liquidación”, cit., p. 526. “Apertura de la liquidación a solicitud del deudor y acreedores”, cit., pp. 2312 ss. “La Liquidación”, en Revista del Poder Judicial, art. cit., p. 421. CABANAS TREJO, R., “Fase de liquidación a solicitud de los acreedores”, cit., p. 156.

³⁰⁶ BELTRÁN, E., “Apertura de la liquidación”, cit., p. 526. Para este autor carece de sentido la consignación de parte del crédito. Otros autores admiten su consignación por parte del acreedor, pero en los términos que resulten del convenio (con la quita que corresponda). Vid. CABANAS TREJO, R., “Fase de liquidación a solicitud de los acreedores”, cit., p. 156. BLASCO GASCÓ, P., “La fase de liquidación concursal”, art. cit., p. 511. Para este último autor, la consignación dependerá de la causa o motivo incoado por el acreedor solicitante.

acreedores que pudieran todavía presentar su solicitud en tiempo hábil, proseguiría la vista pronunciando su resolución en base a las alegaciones formuladas y, en su caso, a las pruebas presentadas³⁰⁷.

El plazo del juez para dictar el auto sería de 3 días, desde la práctica de las pruebas o del plazo que haya fijado para ello (si se admite la aplicación del art. 20.1 LC) o bien sin dilación (según norma general, para dictar cualquier resolución judicial art. 186.3 LC), considerándose las costas como créditos contra la masa, no sólo cuando el auto declarase abierta la fase de liquidación, sino también si lo estima improcedente³⁰⁸.

Contra el auto de apertura de la fase de liquidación propuesto por la entidad deudora, cabe interponer recurso de reposición, de acuerdo con las normas generales (art. 197.3 LC), pudiendo posiblemente recurrirse en apelación (art. 197.5 LC), pero no en casación (art. 197.7 LC)³⁰⁹. El recurso de apelación puede tener efecto suspensivo (en aplicación de las normas generales, al no haber remisión al art. 20 LC)³¹⁰. Si ambos recursos fueran desestimados, con expresa condena en costas, sus gastos de asistencia y representación no tendrán la consideración de créditos contra la masa (art. 84.2.2º LC).

6.2.7 Similitudes y diferencias de la solicitud de liquidación con la solicitud de declaración de incumplimiento del convenio

Aunque desde un punto de vista sustantivo el supuesto de solicitud por incumplimiento de convenio podría confundirse con la solicitud de liquidación ordinaria,

³⁰⁷ BLASCO GASCÓ, P., “La fase de liquidación concursal”, art. cit., p. 512.

³⁰⁸ Para BELTRÁN no es de aplicación la regla especial sobre imposición de costas de la solicitud de concurso (art. 20 LC, donde se consideran créditos contra la masa, sólo cuando el auto declare el concurso), puesto que debería aplicarse la regla general contenida en el art. 84.2.2º LC. BELTRAN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 422.

³⁰⁹ Vid. BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 422. No es de este parecer UCEDA OJEDA, para el que, al no referirse a la norma del art. 20, parecería que el legislador ha querido que contra el auto que se dicte no quepa otro recurso que el de reposición (art. 197, nn. 3 y 4 LC), sin perjuicio de reproducir la cuestión en la apelación más próxima. La efectividad de la protección de la masa activa o del patrimonio disponible del deudor, a su juicio, resulta muy discutible, desde el momento en que se habría entrado en la fase de liquidación UCEDA OJEDA, J., “Apertura de la liquidación por solicitud de los acreedores”, cit., pp. 672-673.

³¹⁰ CABANAS TREJO, R., “Fase de liquidación a solicitud de los acreedores”, cit., p. 156.

puesto que en ambos la petición la lleva a efecto un acreedor y se sustancian en base a un incumplimiento del convenio, existen diferencias significativas desde la óptica procesal y por los efectos que se derivan de ambas solicitudes.

- 1º La legitimación para solicitar la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación la tiene “cualquier acreedor”, como anteriormente hemos analizado (art. 142.4 LC). No así cuando se trata de instar la declaración de incumplimiento, ya que sólo podrá llevarla a cabo cualquier acreedor que estime incumplido el convenio “en lo que le afecte” (art. 140,1 LC).
- 2º En ambos supuestos –solicitud de liquidación o declaración de incumplimiento– no están legitimados para presentarla quienes no tengan la condición de acreedores. Ni el Ministerio Fiscal, representantes de de los trabajadores, ni los socios o la administración concursal están facultados para instar su solicitud³¹¹.
- 3º La carga probatoria impuesta al acreedor que solicita la liquidación es similar a la que se le impone para lograr la apertura del concurso. Sin embargo, para solicitar la declaración de incumplimiento el acreedor afectado no sólo puede basarse en los hechos tipificados en el art. 142.4 LC, sino que el legislador amplía las causas de incumplimiento del convenio a la infracción de las medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición (art. 137.1 LC)³¹², e incluso a aquellas que –sin la existencia de infracción alguna por el deudor en el ejercicio limitativo de sus facultades y sin que se hayan producido algún de los hechos tipificados en el apartado 2 del artículo 4 LC– hayan ocasionado un incumplimiento en el convenio del que resulten afectados uno o varios acreedores, aunque para el resto se esté cumpliendo con lo convenido.³¹³

³¹¹ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 420.

³¹² En estos supuestos de infracción el acreedor legitimado será, cuando menos, cualquiera de los sometidos al convenio BELTRÁN, E., “Apertura de la liquidación a solicitud del deudor y acreedores”, cit., p. 2322.

³¹³ Considero que los hechos probatorios para solicitar un acreedor la liquidación son limitativos. Por ello, no cabría hacerlos extensivos a la infracción de los tipificados en el art. 137.1. LC, salvo cuando le afectaren personalmente.

- 4º La apertura de la fase de liquidación por solicitud en base al art. 142.4 LC se sustancia por los trámites previstos para la declaración de concurso necesario, más rápidos y eficaces que los utilizados para la promovida por incumplimiento de convenio, tramitada mediante incidente concursal (art. 140.2 LC).
- 5º La resolución mediante auto sobre la procedencia de apertura de la liquidación por solicitud de los acreedores es, como anteriormente indicamos, recurrible en reposición y posiblemente en apelación. Contra la sentencia que resuelve el incidente concursal sobre declaración de incumplimiento cabrá recurso de apelación (art. 140.3 y 197.5 LC), admitiéndose expresamente el recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal (art. 197.7 LC), con los que puede finalizar el procedimiento para que alcance firmeza la sentencia de apertura de la fase de liquidación (art. 143.1.5º LC).
- 6º La apertura de la fase de liquidación se declara por solicitud de parte, cuando la pide cualquier acreedor ex art. 142.4 LC. Sin embargo cuando se produce por incumplimiento de convenio la apertura de la liquidación se acuerda de oficio, una vez que ha adquirido firmeza la sentencia por incumplimiento (art. 143.1.5º LC).
- 7º Finalmente, la solicitud de liquidación cabe interponerla durante la vigencia del convenio, mientras que la de declaración de su incumplimiento sólo cabe ejercitarla desde que se produzca el incumplimiento y siempre que se produzca dentro de los dos meses siguientes a la última publicación del auto en que el juez haya estimado el cumplimiento del convenio (arts. 140. 1 y 139. 2 LC).

III. 7 Revocación o desistimiento de la solicitud de liquidación ordinaria o anticipada presentada por la sociedad deudora³¹⁴

Nuestra LC postula la inadmisibilidad a la presentación de cualquier propuesta de convenio si la sociedad deudora ha instado previamente solicitud de liquidación. Ésta, presentada juntamente con la declaración de concurso voluntario, desemboca indefectiblemente –si no fuera posible su revocación– en el auto judicial que pone fin a la fase común y abre la fase de liquidación³¹⁵.

No hay opción a prueba alguna sobre la procedencia de tal decisión judicial. Le basta al juez la sola voluntad de la entidad deudora para dictar el auto de apertura, siempre que el concurso hubiera sido declarado mediante sentencia firme y hubieran transcurrido quince días desde el fin del plazo de impugnación del inventario y lista de acreedores o de su manifestación en la secretaría del Juzgado –en la oficina judicial, a partir del 4 mayo 2010, fecha de la entrada en vigor de la Ley 13/2009–, caso de impugnación. (art.142.2 LC)³¹⁶. En tal caso cabría hablar de concurso-liquidación, al haberse decantado la deudora por la liquidación, en lugar de presentar una propuesta anticipada de solución convenida (art. 104 LC) y estar cerrada cualquier posibilidad de abrir la fase de convenio (art. 111 LC), ya que el legislador opta por la primacía de la voluntad de la sociedad deudora en la solución de su concurso³¹⁷, tanto en la fase predeclarativa, como en la fase común, incluso en la fase de convenio (art. 113.1 LC) y hasta después de aprobado éste en junta de acreedores, incluso con refrendo judicial, cuando no hubiera efectuado la propuesta ni dado a ella su aprobación (128.3 LC).

³¹⁴ Por excepción, en el presente apartado sobre revocación o desistimiento nos referiremos a “liquidación” o “solicitud de liquidación”, incluyendo aquí tanto a la liquidación anticipada como a la ordinaria. Matizaremos con la denominación diferenciada aquellos aspectos en que haya divergencia.

³¹⁵ La apertura de liquidación no procederá si se comprueba la inexistencia de bienes y derechos de la concursada o de terceros responsables, con que satisfacer a los acreedores (art. 176.1. 4º y 5º LC), ni tampoco si hubo desistimiento o renuncia de todos los acreedores reconocidos, ya que, en tal caso, el juez acordará la conclusión del concurso.

³¹⁶ En la solicitud de liquidación anticipada, si bien la propuesta sólo puede ser presentada por el deudor, el juez puede optar por su aprobación o rechazo, ya que resuelve simultáneamente tanto sobre la apertura de la fase liquidatoria como respecto al plan de liquidación presentado.

³¹⁷ DE LA CUESTA RUTE, J.M., “La fase de liquidación”, cit., p.251.

En el art. 21.1.1º LC se impone al juez que en el auto de declaración del concurso se recoja la solicitud de liquidación hecha por la deudora, dándosele a esta indicación la misma publicidad que al resto del auto (art. 23 LC)³¹⁸. Sin embargo, nada se indica sobre la posibilidad del juez de denegar la solicitud de liquidación, ni sobre su admisión a trámite. Por el contrario, la Ley contempla, en su art. 106.2, la inclusión en el auto de declaración de concurso la admisión o no a trámite de la propuesta anticipada de convenio presentada por la sociedad deudora con la solicitud de concurso voluntario.

Tanto la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio hecha por la deudora, como las propuestas de convenio presentadas por deudora y acreedores no pueden revocarse una vez admitidas a trámite (art. 114. 2 LC); *sensu contrario* podríamos decir que cabe la revocación antes de su admisión³¹⁹. Esta flexibilidad para la revocación o el desistimiento de las propuestas de convenio choca con el silencio legal sobre esta misma posibilidad ante la propuesta de liquidación presentada por la entidad deudora. El juez no contempla esas propuestas; sin embargo acuerda, de oficio, (art. 143.1.1º LC) la apertura de la fase de liquidación (art. 114.3 LC) cuando no se hayan presentado, dentro del plazo legal, propuestas de convenio o no se hayan admitido ninguna de las presentadas.

En el extenso periodo que puede transcurrir desde la publicación del auto de declaración de concurso hasta la apertura de la fase de liquidación, que pone fin a la fase común del concurso y, en su caso, a la fase de convenio (art. 142.2 LC), la petición de liquidación ordinaria presentada por la deudora no será analizada por el juez para admitir o rechazar su admisión a trámite, ni tampoco con la finalidad de anticipar la apertura de la fase liquidativa. Y ello por prescripción legal, ya que el juez no puede proceder a su

³¹⁸ Como analizaremos al tratar de la liquidación anticipada, si se presenta propuesta anticipada de liquidación, en lugar de solicitud de liquidación, juntamente con la solicitud de declaración de concurso, consideramos que el auto en que se declare el concurso deberá contener igualmente la indicación de haberse propuesto por la entidad deudora, teniendo en cuenta la relevancia de la propuesta anticipada para las partes personadas en el concurso y el resto de interesados en el mismo.

³¹⁹ Como excepción apuntaremos la propuesta anticipada de convenio, con adhesiones superiores al mínimo legal necesario para su aprobación, la cual no parece que podría revocarse por la concursada, antes de su admisión a trámite, a no ser que desistan de la adhesión los acreedores que prestaron su consentimiento.

apertura anticipada.³²⁰ Tampoco puede admitir a trámite o rechazar la solicitud de liquidación, como expresamente se declara para las propuestas anticipada y ordinaria de convenio (arts. 106 y 114 LC), sin que el legislador se pronuncie al respecto en ningún precepto, acerca de la admisión o no de esa petición liquidativa de la deudora. La vigencia continuada de la solicitud de liquidación –tanto ordinaria como anticipada– comporta, como grave consecuencia, la imposibilidad de admitir a trámite cualquier propuesta de convenio (art. 114.1 in fine LC).

¿Sería posible, entonces, retirar la solicitud de liquidación, de igual forma que cabe hacerlo con la propuesta de convenio, antes de ser admitida a trámite?

Las posturas de la doctrina son divergentes. Desde su tajante negación³²¹, pasando por una afirmación inicial de su irrevocabilidad, sólo admitida como factible si la sociedad deudora desistiese también de la solicitud de concurso voluntario³²², hasta llegar a aceptar la figura del “desistimiento” para alcanzar un posible convenio, ante la actitud positiva de los acreedores, otrora reacios al mismo o mantener la actividad económica de la empresa, por el cambio de perspectivas, ahora favorables, sobre su futuro³²³

³²⁰ Cualquiera que sea el momento de la solicitud por el deudor, la apertura de la fase de liquidación solamente tendrá lugar cuando finalice la fase común de tramitación de concurso, nunca antes. Vid. BELTRÁN, E., “La apertura de la liquidación”, cit., p. 513. En su momento analizaremos la propuesta de liquidación anticipada y el desarrollo de su tramitación durante la fase común del concurso.

³²¹ “La formulación por el concursado de una propuesta de convenio, salvo que la misma sea anticipada y no fuera admitida a trámite o no haya sido aceptada por los acreedores, precluye cualquier posibilidad de solicitar la liquidación sin causa, esto es, no puede admitirse el “desistimiento” ni la “revocación” de la propuesta, operación a mayor abundamiento tajantemente prohibida por el art. 114.2 LC y lo mismo” la petición de liquidación, tampoco es reversible”. GALLEGO SÁNCHEZ, F., “*Ley Concursal. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios*”, cit., p. 414. Vid. igualmente, en la línea de irreversibilidad de la petición de liquidación: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “El convenio”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, cit, p. 575. CABANAS TREJO, R., *Fase de liquidación*, cit., p. 156.

³²² “En el sistema de la Ley, la solicitud de liquidación formulada por el deudor con la solicitud de concurso voluntario parece tener carácter irrevocable, ya que cierra el paso definitivamente a la solución de convenio...Esta posibilidad sólo será factible si el deudor desiste de la solicitud de concurso voluntario”. CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2004, p.969.

³²³ “La ley sólo se ocupa de la figura del desistimiento dentro de las causas de conclusión del concurso (art. 176, apdo. 5 LC) sin permitir que el desistimiento pueda realizarlo el deudor que solicitó el concurso voluntario sino los acreedores, aunque tal criterio no creo que nos pueda condicionar la solución que podemos dar al tema que estamos planteando, ya que el mismo no intenta eliminar la declaración de concurso ni la de todos los efectos que a él van anudados, sino simplemente variar el modo que conduce a la

Podemos adelantar, por nuestra parte, que inadmitir la posibilidad de revocar la solicitud de liquidación tanto ordinaria como anticipada, cuando la Ley no se opone, iría en contra de la voluntad del legislador de fomentar una solución satisfactoria entre la deudora y los acreedores ((Exp. de Motivos VI), durante la fase común del concurso, mediante una propuesta anticipada o alcanzando una solución convenida en fase de convenio.

De todas formas, aún admitiendo la reversibilidad de cualquiera de las dos solicitudes de liquidación hechas por la entidad deudora quedaría por dilucidar si debe acudir a la figura jurídica del desistimiento (o renuncia) o bien debería sustanciarse a través de la revocación.

Como hemos indicado anteriormente, se acude al desistimiento en apoyo de las distintas argumentaciones a favor o en contra de la posible retirada de la solicitud de liquidación, al estar recogida en la LC como causa de conclusión del concurso y posible renuncia al mismo.

finalización del procedimiento, olvidando la liquidación y acogiéndose al convenio, vía que, como ya dijimos, es considerada por el legislador como el medio más adecuado para la resolución de este procedimiento de ejecución universal.

También encontramos nuevos obstáculos al examinar los artículos 104 y 113 de la LC, en cuanto regulan la solicitud de convenio por el deudor y exigen que éste no hubiese pedido antes la liquidación. Ahora bien, a pesar de tal limitación, no llegamos a comprender el motivo para rechazar el “desistimiento” del que estamos hablando en este momento si hubiese causa justificada en la petición, siempre que se haga en tiempo oportuno, es decir, antes de la conclusión de la fase común, y que se presente una petición de desistimiento en forma, debiendo entenderse que la Ley lo que prohíbe es que se solicite el convenio mientras exista una petición de liquidación de la que no ha desistido el deudor”. UCEDA OJEDA, J., “La fase de liquidación”, en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, La Ley, Iurgium, 2004, p. 669.

Son favorables a la postura de la revocación BELTRÁN, E., “Apertura de la liquidación...”, cit., p.2299. “La apertura de la fase de liquidación”, en QUINTANA, I., BONET, A., GARCÍA CRUCES, J.A., *Las claves de la Ley Concursal*, cit., p. 513. ROJO, A., “Auto de apertura y convocatoria de la Junta de acreedores”, en ROJO, A-BELTRÁN, E., *Comentario a la Ley Concursal*, Tomo II, p. 1999. SACRISTÁN REPRESA, M., “Apertura de la fase de liquidación (art. 142)”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAÚ, G., *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., p. 1299.

El art. 176.1.5º LC dispone la procedencia de la conclusión del concurso “en cualquier estado del procedimiento, una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el “desistimiento o la renuncia” de la totalidad de los acreedores reconocidos”. Pero esta disposición no cabe aplicarla a la solicitud de liquidación, ya que se refiere al concurso y no a una de las modalidades de su finalización, como es la fase liquidativa; además, el precepto recoge el desistimiento de los acreedores y no de la entidad concursada.

El art. 186.2 LC se acerca más a un posible planteamiento analógico del desistimiento en la solicitud liquidativa³²⁴, ya que no se refiere a un planteamiento de renuncia al concurso, por parte de los acreedores, sino que el desistimiento es, en este caso, del solicitante del concurso; aunque parece deducirse del contexto que el solicitante es un acreedor (el juez resolverá sobre el desistimiento o la renuncia del solicitante del concurso, previa audiencia de “los demás acreedores”...; incluso por analogía con el contenido del art. 19.2 LC sobre las alegaciones que pueden formular otros acreedores en la vista celebrada ante la oposición del deudor cuando el “acreedor solicitante” no ratifique su solicitud de concurso), voces autorizadas opinan que la referencia al solicitante del concurso se haría extensiva a la concursada³²⁵.

Tampoco ayuda a una interpretación favorable a la aplicación de estas disposiciones normativas, constatar que la renuncia o desistimiento no puede practicarse antes de terminar la fase común o puesta de manifiesto en la secretaría del juzgado la lista definitiva de acreedores, que coincide con la finalización de la fase común del concurso (art. 98 LC), lo que cierra la posibilidad de un desistimiento de la solicitud de liquidación, antes del hipotético comienzo de la fase de convenio o, en su caso, de la apertura de la liquidación.

³²⁴ Recoge el art. 186.2: “El juez resolverá sobre el desistimiento o la renuncia del solicitante del concurso, previa audiencia de los demás acreedores reconocidos en la lista definitiva”.

³²⁵ Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores. La declaración*, ed. La Ley, Madrid 2005, pp. 525 y 526.

De todas formas, el desistimiento, en el tratamiento que de él se hace en los dos artículos analizados, no parece que pudiera aplicarse fuera de la terminación global del concurso, a partes del procedimiento, entre las que se encuentra incluida la fase de liquidación.

En ausencia de normas claras de aplicación en la propia LC, dirigidas a invalidar la petición liquidativa, la LEC –aplicable de forma supletoria- recoge en su art. 19.1 la posibilidad de renunciar o desistir de un procedimiento judicial, siempre que no exista una prohibición legal o se den limitaciones por razones de interés general o beneficio de tercero. En el posible desistimiento de la solicitud de liquidación, no existe prohibición legal alguna, ni tampoco parece que existan perjuicios para los acreedores en su renuncia, ni, en principio, sujetos beneficiados distintos de los integrantes de la masa pasiva concursal (si los hubiere, habría motivo suficiente para que el juez no aceptase el desistimiento).

El desistimiento de la sociedad deudora solicitante de la liquidación conforma una manifestación unilateral de la voluntad, sin carácter recepticio, ya que para su efectividad no sería necesaria la aquiescencia por parte de los acreedores. El art. 20 LEC recoge dos formas de desistimiento: la unilateral, antes del emplazamiento del demandado o cuando éste se encuentre en rebeldía (art. 20.2) y otra bilateral una vez emplazado o citado el demandado, en cuyo caso se exige bien su conformidad o su oposición, ante la cual el juez resolverá lo que estime oportuno (art. 20.3).

Como hemos indicado por el carácter no recepticio de la invalidación de la solicitud liquidativa, cabría aplicar el desistimiento unilateral a los supuestos de solicitud de liquidación juntamente con la de concurso voluntario, puesto que en ellos puede el juez declarar el concurso sin emplazamiento de la deudora. El posible desistimiento de la solicitud de liquidación, cuando el concurso se solicitase por acreedores u otros legitimados distintos de la entidad deudora, sólo cabría aplicarlo de forma unilateral antes de la admisión a trámite de la solicitud de concurso, con orden de emplazamiento de la deudora (art. 15.1 LC), ya que, una vez emplazada, se sustanciaría siempre de forma

bilateral, mediante incidente concursal, al no tener señalado la LC otra tramitación (art. 192 LC)³²⁶. De todas formas, y al igual que expusimos al analizar los arts. 176.1.5º y 186.2 LC, lo preceptuado en los arts. 19-20 LEC va dirigido al procedimiento en sí, no a una parte del mismo como es la fase de liquidación, cuya solicitud pretende invalidar la deudora. La concursada no desea la terminación del procedimiento, sino dejar sin efecto una petición que, en caso contrario, conduciría a la apertura de la liquidación. Por ello, sería impreciso reconocer un desistimiento que no se refiere al proceso global, sino a una de sus partes, como es la liquidación, en su estadio de solicitud.

Por todo lo expuesto, y de acuerdo con una parte de la doctrina, el cauce procesal adecuado para conseguir lo pretendido por la deudora, no parece ser el desistimiento sino la revocación³²⁷, ya que de la misma manera que el presentador de una propuesta de convenio puede revocarla, siempre que no haya sido admitida a trámite por el juez (deducción hecha sensu contrario, ex art. 114. 2 LC), cabe aplicar analógicamente igual proposición para invalidar la solicitud de liquidación, con un plazo predeterminado, cual es la apertura de la fase de liquidación.

En esa línea argumental se admite, el auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid nº 1, de 16 de marzo de 2006, la posibilidad de revocación de la solicitud de liquidación con la finalidad de dirigir a los acreedores una propuesta de convenio³²⁸

³²⁶ Vid. HUALDE LÓPEZ, I., “*La fase de Liquidación en el Proceso Concursal (Apertura, Efectos y Operaciones de liquidación)*”, Ed. Thomson- Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 114-115.

³²⁷ Vid. HUALDE LÓPEZ, I., “*La fase de Liquidación...*”, o.c., p. 115. Para este autor, retractarse de forma unilateral sin necesidad de conformidad de las partes que puedan resultar desfavorablemente afectadas por la propuesta, constituye revocación, no desistimiento. Para BELTRÁN,- MERCADER “la solicitud de apertura de liquidación, realizada voluntariamente por el deudor puede considerarse “revocable”, de manera que mientras no se dicte resolución judicial de apertura el deudor podrá retirar su petición de abrir la liquidación, optando o no por presentar una propuesta de convenio, del mismo modo que puede revocar su propuesta de convenio, mientras no haya sido admitida a trámite (art. 114.2 LC). No podrá darse trámite a la fase de convenio si no se procede antes a la revocación de la solicitud”. BELTRÁN, E., MERCADER, J., “Comentarios al artículo 142”, en *Comentario de la Ley Concursal*, dirs. ROJO, A.,- BELTRÁN, E., ED. Thomson-Civitas, T. II, Madrid 2004, p. 2299.

³²⁸ El auto recoge, en el primero (apdo. 2) de los Fundamentos de Derecho, que aunque” no existe en la Ley Concursal ningún precepto que establezca la irrevocabilidad de la solicitud de liquidación expresada por el deudor –evidentemente antes de la apertura de la fase de liquidación–, haciendo una lectura del texto legal conforme al principio *favor convenii* (Exposición de Motivos Apartado VI) lo que parece que quieren poner de manifiesto los aludidos preceptos (se refiere a los arts. 104.1, 113, 1 y 114,1 LC) es la absoluta incompatibilidad entre la fase de convenio y la fase de liquidación, las cuales no pueden tramitarse de

En consecuencia, parece razonable admitir que, mientras no se dicte resolución judicial de apertura de la liquidación, la entidad deudora podrá retirar su petición de liquidación³²⁹, optando o no por presentar una propuesta de convenio, del mismo modo que –como antes indicábamos– puede revocar su propuesta de convenio, siempre que no haya sido admitida a trámite. La deudora que revoca la solicitud, antes de proponer un convenio, se encontraría plenamente legitimada para su presentación, incluso aunque tal revocación fuera simultánea³³⁰.

7.1 Posibles razones del legislador para no incluir la admisión a trámite o rechazar la solicitud de liquidación ordinaria y la solicitud-propuesta de liquidación anticipada

7.1.1 En la solicitud de liquidación ordinaria

En primer lugar hay que indicar las posibilidades que la Ley ofrece a la sociedad deudora, antes y después de la declaración de concurso, para presentar voluntariamente la liquidación de su patrimonio empresarial, incluso una vez aceptado en junta de acreedores

manera simultánea.....De ahí que siguiendo a la mejor doctrina concursalista debamos entender que es posible la presentación de la propuesta de convenio por parte del concursado, aunque previamente hubiera manifestado su opción de liquidación de su actividad empresarial o profesional, si con aquélla pretende reconducir el procedimiento evitando su inicial opción.. Esta solución ya había sido adelantada por este Juzgado en el texto de la providencia de fecha 17 de febrero de 2005, mediante la cual a la par que se requería a la entidad concursada para que subsanara determinados defectos apreciados en la propuesta de convenio ordinario presentada, “se tenía por revocada la petición de liquidación efectuada por la entidad concursada con la solicitud de declaración de concurso”. Auto Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, de 16 de marzo de 2006 (procedim. 476/2005). AC 2006/504.

³²⁹ En esta línea cabe referirse al Ordenamiento alemán sobre insolvencia (InsO), al disponer en su § 13.II que “la petición de apertura puede retirarse hasta la apertura del procedimiento o hasta que la misma sea rechazada en firme”.

³³⁰ BELTRÁN, E., “Apertura de la liquidación a solicitud del deudor y acreedores”, cit., p. 2299. Este autor indica que al tratarse de una voluntad pura y simple del deudor, aunque nada diga la Ley, deberá realizarse la renuncia a la solicitud por escrito, firmado por procurador y abogado (art. 184.2 LC). Cuando el deudor sea persona jurídica esa declaración de voluntad será de su órgano de administración o de liquidación. A nuestro juicio, y por lo anteriormente expuesto al tratar del órgano competente para autorizar la petición de liquidación, la revocación deberá ser aprobada por la Junta de socios, previamente a su presentación por el órgano de administración, ya que consideramos que la competencia para aprobar la solicitud, como para su revocación, radica exclusivamente en la Junta por la especial trascendencia del acto.

un convenio e incluso judicialmente aprobado (no presentado ni prestada su conformidad por la sociedad concursada).

Puesto que un convenio es un acuerdo bilateral de voluntades, a la sociedad deudora se le brinda una salida extra convenio, cuando las fórmulas planteadas las considere perjudiciales o, por lo menos, no beneficiosas para sus intereses.

Parte de la doctrina considera que esa negativa, mediante la fórmula de solicitar la liquidación tiene como plazo los cinco días siguientes a la presentación por los acreedores de propuestas de convenio, de acuerdo con el art. 113.1 (art. 142.1.4º LC). Sin embargo, y dado que el art. 128.3 LC permite solicitarla hasta diez días después de la conclusión de la junta que haya aprobado un convenio, la sociedad concursada tendría la facultad, en cualquier fase de ese periodo temporal, de no acceder a una solución convenida (no presentada o no aprobada por ella, como ya hemos indicado)³³¹ e instar la liquidación.

En ningún momento temporal de los aludidos, la Ley admite a trámite la solicitud de liquidación, como lo hace, por el contrario –como más arriba hemos expuesto–, con las propuestas de convenio (art. 114,2 LC), incluso juntamente con la declaración de concurso voluntario, si se hubiera presentado propuesta anticipada de convenio (art. 106.2 LC).

Una de las razones en la que podría haberse apoyado el legislador para no incluir la admisión a trámite de la solicitud de liquidación, sería la ausencia de requisitos de contenido, forma y, relativamente, de tiempo, en los que poder fundamentar la admisión o el rechazo de la solicitud, como ocurre con las propuestas –tanto anticipada como ordinaria– de convenio, ya que su decisión se basa en la exclusiva voluntad de la sociedad deudora, adoptada en la Junta de socios, y manifestada por el órgano de administración, a través de la representación procesal establecida por la Ley (art. 184. 2 y 3 LC), de tal

³³¹ Para algún autor el deudor tiene la posibilidad de solicitar la apertura de la liquidación en cualquier momento de la fase común de tramitación del convenio y posiblemente durante la propia fase de convenio, con el límite temporal máximo establecido por el artículo 128.3 LC. Vid. DÍAZ MORENO, A., “La articulación...”, cit., pp.26-27 y notas 37 y 41.

forma que el juez no tendría que analizar el cumplimiento de los requisitos legales para su admisión (salvo los vicios de voluntad o la legalidad del apoderamiento).

Sin embargo, consideramos que no cabe extrapolar su aprobación implícita a trámite por ausencia de requisitos analizables, salvo la expresa voluntad de la entidad deudora. Mientras un auto judicial no haya pronunciado la admisión o el rechazo a trámite de la solicitud de liquidación –lo cual, reiteramos, no se contempla en la Ley-, ésta permanece en situación de interinidad jurídica, que se materializará una vez que el juez declare la apertura de la fase de liquidación. Si el legislador, conociendo esta situación, no cerró la posibilidad de revocación, admitiendo su admisión a trámite, parece que una de las razones, si no la fundamental, sería la de facilitar a la concursada la posible revocación de su solicitud.

Por otra parte, el legislador tiene muy en cuenta las dos únicas restricciones impuestas a la facultad de la deudora de solicitar la liquidación ordinaria: haber formulado y mantenido una propuesta de convenio que esté en tramitación –en las fases predeclarativa, común y de convenio-³³² o, una vez aprobada una propuesta en junta y ratificada judicialmente, haber presentado o prestado su conformidad a la propuesta aprobada en dicha junta; y ello porque la deudora no puede ir en contra de su propia manifestación de voluntad.

Consideramos que ha primado en el legislador la posibilidad de brindar soluciones convenidas, al no incluir la admisión a trámite de la solicitud de liquidación de la deudora, dejando, según parece, la puerta abierta a su revocación; si, finalmente, no fuera posible llegar a un acuerdo con los acreedores, por inaceptación de alguna propuesta efectuada por

³³² El art. 142 bis, aprobado por RDL 3/2009 de 31 de marzo, en su apartado 2 dispone que “se dejarán sin efecto las propuestas de convenio que hubieran sido admitidas”, mediante el auto que aprueba el plan de liquidación anticipada y la apertura de la fase de liquidación. Aunque no se mencionan expresamente, entendemos que se dejan sin efecto también las propuestas de convenio anticipadas, incluso admitidas a trámite, efectuadas por el deudor, en la fase común (con dudas sobre aquéllas propuestas que tuvieran adhesiones de acreedores-no revocadas- superiores al mínimo legal necesario para su aprobación). En este caso, el concursado podrá proponer la liquidación anticipada hasta los quince días siguientes a la presentación del informe previsto en el art. 75 LC.

la concursada o bien por no prestarle éste su conformidad a la aprobada en junta, siempre tendrá la posibilidad de solicitar la liquidación, in extremis, que le brinda el art. 128.3 LC o esperar a la apertura de liquidación de oficio por inadmisión a trámite de las propuestas presentadas o no haberse aceptado en junta de acreedores ninguna de las propuestas, objeto de deliberación (art. 143.1. 1º y 2º LC).

7.1.2 Ausencia de admisión a trámite de la propuesta anticipada de liquidación

La simplificación del procedimiento para hacerlo más ágil y eficiente se constata en la supresión de actuaciones, antes de la resolución judicial, incluso con anterioridad a la evaluación de la propuesta anticipada por la administración concursal.

La propuesta de convenio anticipada debe ser, en su caso, admitida a trámite, mediante auto motivado antes de que el juez traslade la propuesta a la administración concursal (art. 106.2 y 107.1 LC), pudiendo rechazarla –entre otras causas- por infracción legal de su contenido (art. 106. 3 LC). Sin embargo, en la propuesta anticipada de liquidación se suprime este trámite de procedimiento. Si bien la ausencia de adhesiones y de prohibiciones al deudor para presentar su propuesta anticipada de convenio no le son de aplicación (no caben adhesiones de acreedores y tampoco existen prohibiciones a la presentación por el deudor de una propuesta anticipada de liquidación), bien pudiera haber dispuesto la norma el análisis judicial de su contenido. A nuestro juicio, al no estar preceptuado un contenido al cual deba ajustarse la propuesta, no es necesaria su apreciación por el juez en este momento procesal. Será a la hora de resolver sobre la propuesta, cuando tendrá en cuenta los criterios – las RLS y los intereses del concurso- recogidos en la norma. Quizá los únicos motivos para rechazar su hipotética admisión serían la falta de presupuesto subjetivo -presentación por sujeto distinto a la deudora- o realizarse fuera del plazo habilitado.

El no haber previsto el legislador, en este caso, la admisión a trámite, se debería además a la celeridad del procedimiento; el lapso de tiempo que transcurre entre la propuesta anticipada de liquidación y la resolución judicial sobre la misma es muy

reducido, iniciándose en la práctica, tácitamente, su admisión a trámite, ya que trámites son la evaluación de la administración concursal a la propuesta del deudor (equiparable a la evaluación de la administración concursal a la propuesta anticipada de convenio, realizada después de su admisión a trámite –art. 107.1 LC), su posible propuesta de modificación, así como las observaciones de las partes personadas y demás interesados a la propuesta anticipada, que preceden al análisis, aprobación o denegación de su apertura, así como del plan de liquidación.

IV LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA

IV.1 En la liquidación anticipada

Como indicamos al tratar de la solicitud anticipada de liquidación, consideramos más oportuno analizar la apertura de la fase de liquidación, en base a esa solicitud, en el Capítulo VI, al tratar del plan (o propuesta) de liquidación³³³, ya que la resolución judicial que apruebe o deniegue la liquidación anticipada, lo hará no sólo sobre el plan de liquidación sino también respecto a la procedencia de la apertura de la fase liquidatoria. Aunque para algunos autores el rechazo al plan de liquidación anticipada no supone el de la apertura de la liquidación, antes al contrario, consideran, aunque con algunas reservas, que de no aprobarse el plan, el juez debiera abrir la fase de liquidación ordinaria conforme a las Reglas Legales Supletorias³³⁴, argumentaremos a favor de la apertura de la fase de convenio, por razones que, a nuestro parecer, responden más a los intereses del concurso.

³³³ Hubiera sido más preciso denominar plan de liquidación a la propuesta anticipada de liquidación (art. 142 bis. 1 LC) como así se recoge al tratar de la resolución judicial sobre su aprobación o rechazo (art. 142 bis. 2 LC), para evitar problemas de interpretación sobre el significado de la “propuesta”.

³³⁴ Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.-LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La liquidación anticipada”, en o.c., pp. 158- 159.

IV.2 En la liquidación ordinaria

2.1 Apertura de la liquidación por solicitud voluntaria o necesaria de la deudora

Terminada la fase común³³⁵ y quince días después de finalizado el plazo de impugnación del inventario y lista de acreedores o de haberse puesto de manifiesto en la Oficina judicial³³⁶ los textos definitivos, si se hubieran producido impugnaciones,³³⁷ el

³³⁵ DE LA CUESTA RUTE, J.M., “La fase de liquidación”, art. cit., p. 256.

La Ley concursal francesa (*Loi de sauvegarde*) de 2005 no se basa en un solo procedimiento judicial para resolver las dificultades de la empresa, sino en tres distintos: salvaguarda, saneamiento y liquidación. El deudor puede conseguir también el reflotamiento de la empresa mediante una vía contractual de conciliación, aún en estado de insolvencia. Aun cuando la apertura del procedimiento de liquidación judicial se producirá cuando el deudor se encuentre en estado de insolvencia y el saneamiento de la empresa sea manifiestamente imposible (concepto vago e impreciso, según LIZÉ), si no hubieran transcurrido 45 días desde la declaración de insolvencia, siempre que el deudor tenga la esperanza de llegar a un acuerdo con los acreedores, podrá solicitar la apertura de un procedimiento de conciliación, con la virtud de paralizar la apertura del procedimiento de liquidación judicial. Si fracasa la conciliación, y continúa el deudor en situación de insolvencia y saneamiento imposible, el Tribunal abrirá el procedimiento de liquidación. Igualmente al término de un periodo de observación, sin esperanza seria de llevar a la práctica un plan de salvaguarda o de saneamiento - o aprobado el plan, si el deudor no cumpliera los compromisos adquiridos- el Tribunal igualmente pronunciará la apertura de liquidación judicial. Vid. PEROCHON, F.-BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté...*, o.c., pp. 15; 44 y 365-366. LIZÉ, A., “Les solutions...”, art. cit., en RPC nº 2 junio 2006, p. 201. Aunque la apertura de la liquidación judicial en la normativa francesa está destinada a poner fin a la actividad de la empresa o a ejecutar el patrimonio del deudor mediante la cesión global o por separado de sus bienes y derechos, (art. L 640-1), el primer objetivo parece más dirigido a finalizar la actividad empresarial del deudor, que la de la propia empresa, siendo la cesión total o por ramas de actividad el núcleo de la liquidación, incluso del saneamiento judicial, cuando en el curso del periodo de observación, el Tribunal ante la imposibilidad de subsanar la situación, puede ordenar no ya la apertura del procedimiento judicial, sino directamente la cesión total o parcial de la empresa (art. L 631-22), cuyas disposiciones para su realización son aplicables, aunque no se haya autorizado el mantenimiento de la actividad de la empresa. Vid SAINT-ALARY-HOUIN, C., “La loi de sauvegarde...”, art. cit., p. 17. SOINNE, B., “Prolégomènes...”, art. cit., pp. 2-3.

En línea con el procedimiento abreviado de nuestra LC la Ley de salvaguarda ha proyectado un procedimiento –autónomo- para acelerar exclusivamente la liquidación judicial, denominado liquidación judicial simplificada (arts. L 644-1 al 644-6), con el fin de acelerar sus fases, de tal manera que pueda concluirse en un plazo no superior a un año. Va dirigido fundamentalmente a pymes, cuyo activo sea “exclusivamente mobiliario”, cuya cifra de negocio no supere los 750.000 euros y tengan un máximo de 5 trabajadores. El tribunal deberá determinar los bienes muebles del deudor susceptibles de venta de común acuerdo (convirtiendo en regla, la excepción del art. L 642-19), procediéndose, al finalizar esa etapa, a la venta de los bienes restantes mediante subasta pública. Vid. PEROCHON, F., “La liquidation judiciaire simplifiée”, art. cit., pp. 191-199. SALGADO, M.-B., “Des nouvelles dispositions applicables...”, art. cit., pp. 29-30.

³³⁶ Ya no será la secretaría del juzgado donde se pongan de manifiesto los textos definitivos del inventario y la lista de acreedores, ya que se ha dado nueva redacción del ordinal 2º del apartado 1 del art. 142 LC por el art. 17.33 de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de implantación de la nueva Oficina judicial, en vigor desde el 4 de mayo de 2010.

juez dicta auto poniendo fin a la fase común, abriendo la fase de convenio o de liquidación, según proceda (art. 98 LC).

Procederá abrir la fase de convenio en ausencia de solicitud de liquidación y falta de aprobación o mantenimiento de una propuesta anticipada de convenio (art. 111.1. LC). Sin embargo, si se hubiera presentado propuesta anticipada de convenio por la concursada y no se hubieran revocado las adhesiones por modificación de la lista definitiva -caso de impugnación de la clase o cuantía del crédito en base al cual los acreedores se hubieran adherido al convenio (art. 108.2 LC)- el juez, verificada la mayoría exigida para su aprobación, proclamará mediante providencia el resultado; pasados cinco días sin oposición a la aprobación judicial, dictará sentencia poniendo fin a la fase común del concurso sin apertura de la fase de convenio (art. 109. 1 y 2 LC).

Si, por el contrario:

2.1.1 La concursada hubiese mantenido su solicitud de liquidación

- a. presentada con la declaración de concurso voluntario;
- b. presentada, al haberse allanado a la petición de concurso necesario de cualquier acreedor o –en caso de ser el deudor persona jurídica- de sus socios, personalmente responsables de las deudas.

³³⁷ Para algunos autores, si las impugnaciones no fueron estimadas por el juez, no sería necesario exhibir en la secretaría del Juzgado el inventario y la lista de acreedores, ya que no hubo modificación alguna, computándose el plazo para dictar la apertura de la fase de convenio o liquidación desde la fecha de la sentencia resolutoria del incidente. Vid. BELTRÁN, E., “Apertura de la liquidación a solicitud del deudor y acreedores (art. 142)”, cit., pp. 2302 y 2306. Opinión contraria es sustentada por DÍAZ MORENO. Para este autor, si bien con visión formalista, pero de indudable seguridad jurídica, debe existir un momento en el que los administradores concursales presenten al juez, ya como definitivos, los textos del inventario y la lista de acreedores, momento que servirá de término final el art. 113.1. DÍAZ MORENO A., “La articulación...”, art cit., pp. 18-19, nota 19.

En la *Loi de sauvegarde* francesa (art L 641-4), así como en la reformada *legge fallimentare* italiana (art. 104 ter) y en el Código de insolvencia y de la recuperación de empresas portugués (arts. 153 y 154) no se precisa, para la apertura de la liquidación, haber finalizado la puesta de manifiesto del texto definitivo de la lista de acreedores; el liquidador (curador o administración de la insolvencia) procede a las operaciones de liquidación al mismo tiempo que comprueba los créditos que deben integrarse en la masa pasiva, siendo suficiente la finalización del inventario de bienes y bastando la lista provisional de acreedores. Con ello se da mayor celeridad al procedimiento.

2.1.2. O bien la concursada hubiera solicitado la liquidación, una vez declarado el concurso; o durante la fase común (sin estar en tramitación ninguna propuesta anticipada o presentada por la deudora una propuesta ordinaria de convenio. Art. 142.1.2º LC); o cinco días después que los acreedores hubieran presentado propuestas de convenio, en ausencia de propuesta propia (art. 142.1.4º LC).

2.1.3. Si, finalmente, no hubiera mantenido la propuesta anticipada de convenio no aprobada (arts. 110.1 y 142.1.3º LC), solicitando a la vez la liquidación.

El juez, en todos estos supuestos y en el plazo de quince días, antes señalado, dictará auto, poniendo fin a la fase común de concurso, abriendo la fase de liquidación (art. 142.2.LC).

En definitiva, ante una solicitud de liquidación de la deudora³³⁸ -no condicionada por la aprobación de una propuesta anticipada, el mantenimiento de la misma o el de una propuesta ordinaria de convenio por él presentada-, el juez, trascurrido el plazo legal para dar como definitiva la lista de acreedores y el inventario, está legalmente obligado a dictar auto de apertura de la fase de liquidación, lo cual se llevará a efecto sin dilación (art. 186.3 LC), sin que acreedores, administración concursal y otros legitimados, puedan interponer cualquier recurso que dilate su apertura, salvo los que vicien la declaración de voluntad de la concursada³³⁹.

Como también hemos ya analizado, vigente convenio, la concursada mediante el deber (que no facultad) de solicitar la liquidación por imposibilidad conocida de cumplir con los pagos comprometidos y obligaciones contraídas, impone al juez, sin otro

³³⁸ Ante la presentación de una solicitud de liquidación, formulada en tiempo y forma, el juez debe necesariamente dictar el auto de apertura de liquidación DÍAZ MORENO, A., “La articulación...”, art. cit., p. 29.

³³⁹ El juez no podrá entrar en el control de la oportunidad o bondad de la decisión del concursado, ni aunque el resto de legitimados para solicitar la declaración de concurso fueran de la opinión contraria y se opusieran unánimemente a la apertura de la liquidación. Ni siquiera podrá emitir un juicio sobre si una propuesta de convenio sería más conveniente para acreedores y otros interesados. Vid. DÍAZ MORENO, A., “La articulación...”, art. cit. p. 29.

condicionante que su voluntad declarada, la obligación legal de dictar auto de apertura de la fase de liquidación (art. 142. 3 LC).

2.2 Apertura de liquidación por solicitud de cualquier acreedor. (art. 142.4 LC)

En ausencia de la solicitud de la deudora, vigente igualmente el convenio, y como anteriormente expusimos, cualquier acreedor tiene la facultad (que no deber) de instar la liquidación, acreditando la existencia de cualquiera de los hechos expresados en el art. 2.4 LC que fundamentan la declaración de concurso, si bien la apertura de la liquidación, en su caso, se producirá una vez probado el hecho en que se funda la solicitud, emplazada la deudora, la cual podrá oponerse, aportando los medios de prueba en la vista que se celebre al efecto, cuya conclusión se producirá mediante auto, por el que el juez declare la procedencia o no de la apertura de la liquidación, auto recurrible en reposición y posiblemente en apelación.

2.3 Apertura de oficio de la fase de liquidación

2.3.1 Durante la fase de convenio, por ausencia de propuestas o inadmisión a trámite de las presentadas. (art. 143.1 1º LC)

El juez, una vez dictada la apertura de la fase de convenio, -cerrada definitivamente, por tanto, la vía de una propuesta anticipada- deja en libertad a las partes –concurada, acreedores- para, con los requisitos formales y de contenido establecidos en la LC (arts. 99 y 100), efectúen las propuestas de convenio que estimen más acordes a sus intereses, a las que podrán adherirse aquellos acreedores que así lo decidan. Mantenido en plazo la propuesta anticipada de convenio no aprobada, o, en su defecto, presentada en el Juzgado una propuesta ordinaria por la concursada, y/o por los acreedores que representen un 20% del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores, antes de la impugnación o manifestación de los textos definitivos del inventario y la lista de acreedores (art. 113.1 LC), interviene el juez para admitir o no a trámite las propuestas de convenio presentadas (art. 114.1 LC).

El plazo legal para el cómputo en el que deudora y acreedores, dentro del porcentaje expresado, pueden presentar propuestas de convenio, es doble: en primer lugar, desde la finalización del plazo de comunicación de créditos hasta que termine el plazo de impugnación del inventario y lista de acreedores o, en caso de impugnación, hasta la manifestación de los textos definitivos (art. 113.1 LC). Además, si no hubiera habido ninguna propuesta de convenio, en el plazo antes señalado, la concursada –que no hubiere solicitado la liquidación- y los acreedores que superen el porcentaje antes indicado, pueden presentar propuestas de convenio desde la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de la fecha fijada para su celebración (art. 113.2. LC). Sólo transcurrido ese plazo, en defecto del primero, si no hubiera sido presentada ninguna propuesta de convenio, podrá el juez acordar de oficio la apertura de la fase de liquidación (art. 114.3 LC).

Presentada una o varias propuestas, deben cumplir las condiciones de plazo, forma y contenido que establece la Ley, para que puedan ser admitidas a trámite, en los cinco días siguientes a su presentación. Si el juez advirtiese, en ese plazo, algún defecto en las condiciones expresadas, lo notificará a los proponentes para que, en los tres días siguientes a la notificación, puedan subsanarlo (art. 114. 1 LC). Por tanto, el juez acordará la liquidación, como mínimo, pasados ocho días, más los que transcurran hasta la notificación de los defectos para poder subsanarlos. El art. 142.2 LC concede quince días al juez para dictar auto de liquidación desde la expiración del plazo de impugnación del inventario y la lista de acreedores. Por cómputo matemático –ocho días sin contar los que transcurran desde la notificación- parece posible dictar el auto. Sin embargo, de hecho, será difícil cumplirlo.

Por otra parte, aunque el juez hubiera rechazado las propuestas presentadas, no podrá acordar la apertura de la fase de liquidación hasta tanto no hubiera finalizado el plazo

legal (art. 113. 1 y 2 LC) que posibilita la presentación de propuestas, ya que el rechazo de alguna no supone que, en plazo, no puedan presentarse otras³⁴⁰.

Sin embargo, cuando no se hubieran presentado en plazo legal ninguna propuesta de convenio o no se hubieran admitido a trámite ninguna de las presentadas (arts. 114.3 y 143.1.1º LC)³⁴¹, el juez, de oficio, acordará, mediante auto, la apertura de la fase de liquidación, sin más trámite³⁴² (art. 143.1.1º LC). El auto se notificará a la concursada, a la administración concursal y a todos aquellos que se hubieren personado en el procedimiento. Cabe presentar recurso de reposición (art. 197.3 LC), sin posibilidad de nuevo recurso, aunque las partes pueden reproducir la cuestión en la apelación más próxima, previa protesta en el plazo de cinco días (art. 197.4 LC).

Para terminar, indicaremos que la ausencia de propuestas tanto por parte de la deudora como de los acreedores o incumplimiento de las prescripciones legales de tiempo,

³⁴⁰ Para SÁNCHEZ ARISTI si se hubieran presentado propuestas según el art. 113,1 LC y se hubieran rechazado en todas ellas su admisión a trámite, no cabría la presentación de nuevas propuestas, de acuerdo con el art. 113.2 LC, debiendo el juez abrir la fase de liquidación. SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase de liquidación”, cit., p. 1545. Para DÍAZ MORENO, sin embargo, considera que la interpretación literal de este artículo no parece convincente, ya que para que puedan presentarse propuestas en la fase de convenio, según el art. 113,2 LC debe haberse acordado la no admisión a trámite de ninguna de las propuestas presentadas en la fase común, no que no se haya presentado ninguna.. Lo cual, a mi juicio, resulta coherente a tenor del art. 114.3 LC, según el cual, el juez para acordar de oficio la apertura de la liquidación, equipara la inexistencia de propuestas de convenio a la no admisión a trámite de propuestas en plazo legal. Vid. DÍAZ MORENO, A., “La articulación...”, cit. p. 38, nota 68.

³⁴¹ El informe desfavorable de la administración concursal (art. 115 LC) sobre el contenido del convenio, en relación con el plan de pagos y, si se acompañase, del plan de viabilidad, no puede dejar sin efecto la admisión a trámite de una propuesta de convenio, aunque al ponerse de manifiesto en la secretaría del Juzgado (en la oficina judicial a partir del 4 mayo 2010), sirva para que los acreedores valoren su adhesión o no a la propuesta.

³⁴² Algún autor señala que deberán añadirse también los concursos simultáneos en los que se admite expresamente el incumplimiento de la condición, en uno u otro de los concursos recíprocamente condicionados (arts. 3.5 y 25.4 en relación con el 101.2 como supuesto de fracaso de convenio y que conduce a la apertura de la liquidación, aunque no se contempla en el art. 143 LC. BELTRÁN, E., “La apertura de la fase de liquidación”, cit. p. 517. Así mismo habrá apertura de oficio de liquidación cuando todo el pasivo esté constituido por créditos subsidiarios, por ausencia de pasivo ordinario o privilegiado. Vid. ROJO, A., “Auto de apertura y convocatoria de junta de acreedores”, cit., p. 2002. DÍAZ MORENO, no rechaza, en principio, la posibilidad de convenio de los acreedores subordinados –únicos acreedores- basada en la ausencia de su derecho a voto, ya que esa privación del derecho a votar es una postergación de ciertos créditos, que carecería de sentido si no hubiera otros. Sin embargo, comparte la postura de apertura de oficio de la liquidación, en estos casos, ya que la graduación existente entre los créditos subordinados, impide determinar cómo habrían de votar, de qué forma, quiénes votarían y en qué condiciones. DÍAZ MORENO, A., “La articulación...”, art. cit., p. 23, nota 30.

contenido y forma no subsanadas, explicita la falta de voluntad en convenir. En ambos casos –así como en el incumplimiento de una condición en los concursos recíprocamente condicionados o en los que solamente hay acreedores subordinados- se priva al juez de la posibilidad de admitir a trámite las propuestas, bien por su ausencia, bien por ilegalidad de las mismas. En consecuencia el juez está legalmente obligado a acordar la apertura de la fase de liquidación.

2.3.2 Por inaceptación de propuesta alguna de convenio (art. 143.1.2º LC)

Es el segundo supuesto de apertura de la fase de liquidación de oficio. La no aprobación puede producirse bien por falta de constitución válida de la junta o por no alcanzarse en junta las mayorías exigidas para la aceptación de propuestas³⁴³. Ni la falta de asistencia de la concursada a la junta-cuando no sea su propuesta la sometida a votación-, ni la de los administradores concursales, puede provocar la suspensión de la junta³⁴⁴. El secretario, el mismo día de celebración de la junta o al día siguiente hábil, elevará al juez el acta, en la que consten las votaciones celebradas y la no aceptación de propuesta alguna, quién acordará, mediante auto, sin más trámite, la apertura de la liquidación (vid. art. 127 LC).³⁴⁵ Su notificación a las partes legitimadas, así como los recursos que pueden presentarse son similares a los establecidos para el supuesto anterior.

2.3.3 Por rechazo, mediante resolución judicial firme, del convenio aprobado en Junta de acreedores. (art. 143.1.3º LC)

Constante el acta de la junta de acreedores en la que se recoja la aceptación de un convenio –aunque haya sido en ausencia de la concursada, si no fuera suya la propuesta aprobada, art. 127 LC- el juez procederá a la aprobación judicial del convenio aceptado,

³⁴³ Vid, entre otras resoluciones, auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (autos 443/2005-C), de 7 de junio 2007, ADC 2008 pp. 497-498, en el que se recoge la apertura de oficio de la fase de liquidación por no haberse aceptado la propuesta de convenio en Junta de acreedores, al no alcanzarse votos favorables de la mitad del pasivo ordinario, como dispone el art. 124 LC.

³⁴⁴ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 424.

³⁴⁵ SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase de liquidación, cit., p. 1546. Así se recoge en auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, procedim. 443-2005-C, de 7 junio 2007 (ADC 2008) , pp. 497-498.

salvo que, por petición de parte³⁴⁶, o incluso sin ella, por impulso judicial, se hubiera apreciado una infracción legal en la constitución de la junta, en su celebración, en el contenido del convenio o en la inviabilidad objetiva de su cumplimiento (art. 131 LC), si bien en los dos primeros casos el juez deberá proceder a convocar nueva junta de acreedores (art. 131.3 LC). Sin embargo, cuando se estime por el juez que la oposición a lo aprobado en junta es por infracción legal del contenido del convenio o por inviabilidad objetiva de su cumplimiento³⁴⁷ rechazará éste, en virtud de sentencia, contra la que podrá presentarse recurso de apelación (art. 129. 3 LC) y, en su caso, recurso de casación y extraordinario por infracción procesal (art. 197.7 LC). Con su pronunciamiento, adquirirá firmeza la sentencia de rechazo del convenio, dictada por el juez de instancia³⁴⁸, acordándose la apertura de la fase de liquidación en la resolución judicial que la motive (art. 143. 2 LC). El juez del concurso decretará la apertura de la liquidación en la sentencia que dicte; sin embargo, sus efectos no tendrán lugar hasta que adquiera firmeza, con la resolución judicial que ponga fin al procedimiento.

2.3.4 Por nulidad del convenio aprobado por el juez (art. 143.1.4º LC)

El ALC 1995 (art. 182) no especificaba, entre las causas de apertura, la declaración de nulidad del convenio. Sin embargo, el ALC 1983 configuraba su nulidad para casos en que dolosamente se hubiera incrementado el pasivo, disimulado el activo o hubiese existido inteligencia fraudulenta entre deudor y uno o más acreedores para votar a favor del convenio. En tales casos, la demanda se trataría por los trámites del incidente

³⁴⁶ En la normativa anterior, no era posible el paso de oficio de la fase de convenio a la de liquidación, dentro del procedimiento de quiebra. Era siempre necesaria la petición de parte. Los acreedores tenían esa facultad cuando el deudor incumplía lo estipulado (art. 906 Ccom.)

³⁴⁷ El juez, de oficio, parece que no puede rechazar un convenio por inviabilidad objetiva de su cumplimiento, ya que el art. 131 no expresa esta causa de rechazo del convenio aceptado. Sin embargo, el legislador si la incluye cuando expone las causas que fundamentan la sentencia de rechazo del convenio, cuando hubiere oposición a la aprobación judicial del mismo, por quienes están activamente legitimados a formularla (art. 129.3 LC), si alcanzan un mínimo del cinco por ciento de créditos ordinarios. (art. 128.2 LC).

³⁴⁸ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 424.

concursal, que debería interponerse dentro de los seis meses siguientes a la aprobación del convenio y que, en ningún caso, suspendería su cumplimiento (art. 238).³⁴⁹

La LC, en su art. 143.1.4º recoge, como causa de apertura de oficio de la fase de liquidación, la declaración, por resolución firme, de nulidad del convenio aprobado por el juez.

Ante una propuesta anticipada de convenio –habiéndose verificado por el secretario judicial que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legal exigida y proclamado por él mismo su resultado, mediante decreto (art. 109.1 LC, en su nueva redacción dada por Ley 13/2009, art. 17.20)- o habiendo sido aceptada en junta de acreedores o mediante tramitación escrita una propuesta- queda aprobado judicialmente el convenio (art. 128. 1 LC). La Ley provee a los activamente legitimados –administración concursal, acreedores no asistentes a la junta, a los ilegítimamente privados del voto, a los que votaron en contra, así como a quienes no se adhirieron a la propuesta anticipada, aprobada en sentencia- de los medios de oposición, fundados en la infracción legal sobre el contenido del convenio, forma y contenido de las adhesiones, en la constitución o celebración de la junta y, finalmente, -sólo por la administración concursal y aquellos acreedores (individualmente o agrupados) que sean titulares al menos de un cinco por ciento de créditos ordinarios- cuando el cumplimiento del convenio fuera objetivamente inviable (art. 128.2 LC). También la concursada puede oponerse si la propuesta aceptada fuera distinta a la presentada por ella (art. 128. 3 LC).

El juez resuelve el incidente concursal mediante sentencia que aprueba o rechaza el convenio. Si estimase infracción legal en la constitución o celebración de la junta, acordará que el secretario judicial convoque nueva junta en la que –bien la propuesta mayoritariamente aprobada en la junta anterior o, si se rechaza, cualquiera de las admitidas a trámite- se someterán a deliberación y voto, aprobando o no un convenio (art. 129. 1 y 2

³⁴⁹ BELTRÁN, E., “Apertura de oficio de la liquidación”, en ROJO, A.,- BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, p. 2315.

LC)³⁵⁰. El juez, finalmente, aprobará el convenio aceptado; así mismo, si la sentencia rechaza la oposición legal sobre el contenido del concurso o la inviabilidad objetiva de su cumplimiento, declarará igualmente aprobado el convenio. Sentencia que será igualmente aprobatoria si no se hubiese presentado en plazo oposición alguna (art. 130 LC), pero siempre que el juez, de oficio o a instancia de parte, no rechazase el convenio aceptado, por apreciar alguna infracción de las mencionadas en el art.131 LC.

Por otra parte, el juez puede dictar sentencia estimando la oposición por infracción legal en el contenido del convenio o por la inviabilidad objetiva en su cumplimiento, declarando rechazado el convenio. (art. 129.3 LC).

¿Qué recursos pueden presentarse, en caso de aprobación judicial del convenio? El art. 197. 5 LC indica que cabe el recurso de apelación contra las sentencias que aprueben un convenio, tramitado de acuerdo con el procedimiento previsto para el juicio ordinario (arts. 457 a 465 LEC)³⁵¹. Si bien sólo se hace pronunciamiento expreso del recurso de apelación para la sentencia que rechaza el convenio por infracción legal en su contenido e inviabilidad objetiva de su cumplimiento (art. 129.3 LC), el párrafo 5 del art. 197 sanciona la legalidad del recurso de apelación contra la sentencia aprobatoria del convenio, con o sin oposición, cuyo fundamento, en esencia, radica en los motivos expuestos en el art. 131 (y recogidos en el art. 128.1 LC), por los cuales el juez debe rechazar de oficio el convenio: adhesiones insuficientes de acreedores al convenio; infracción de normas legales sobre su contenido; y en el caso de infracción sobre la forma y contenido de las adhesiones y sobre la constitución de la junta y su celebración, si

³⁵⁰ “Si la sentencia estimase la oposición por infracción legal en la tramitación escrita, el juez podrá convocar Junta en los términos anteriores o acordar nueva tramitación escrita por un plazo no superior a treinta días desde la fecha de la sentencia” (nuevo párrafo incorporado al art. 129.2. LC, mediante el R.Decreto-ley 3/2009, art. once).

³⁵¹ ALONSO- CUEVILLAS SAYROL, J., “De los recursos. Art. 197”, en SALA, A., MERCADAL, F., ALONSO-CUEVILLAS, J. (coords.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch 2004, pp. 829-834. Este autor señala que el recurso de apelación generalmente no produce la suspensión de la resolución recurrida, aunque cabe que el juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde motivadamente (art. 197.6 LC) la suspensión de aquellas actuaciones que pudieran verse afectadas por la resolución del concurso. La Audiencia Provincial, a solicitud de parte, resolverá la decisión del juez, de forma irrecurrible, admitiendo o denegando la suspensión de las actuaciones acordadas.

transcurrido el plazo concedido por el juez para legalizar las adhesiones o celebrar una nueva junta, no se hubieran subsanado las infracciones cometidas.

En el caso que el juez no rechazase el convenio viciado o no concediese un plazo para reconducir legalmente las adhesiones o la constitución o celebración de la junta de acreedores y, en consecuencia, fuera aprobado, los legitimados activamente para formular oposición a la aprobación del convenio, podrán presentar recurso de apelación por su presunta nulidad, en base a la infracción legal producida en su aprobación, tanto por el contenido del convenio o su inviabilidad objetiva como por el contenido y forma de las adhesiones, constitución de la junta o su celebración (arts. 128. 1 y 2; 129. 3 y 131. 1 LC).

Finalmente, cabe también recurrir en casación la sentencia del Tribunal de apelación, así como interponer recurso extraordinario por infracción procesal (art. 197.7 LC). La apertura de la liquidación no procederá hasta que la sentencia de nulidad del convenio – bien del juez de instancia, del Tribunal de apelación o de casación, en su caso- no adquiera firmeza, por transcurrir los plazos sin presentación del correspondiente recurso o por la imposibilidad de interponer legalmente otro recurso contra ella.

Como ya hemos señalado, contra la sentencia que declare rechazado el convenio por estimar infracción en su contenido o inviabilidad objetiva de su cumplimiento podrá presentarse recurso de apelación. (arts. 129. 3 y 131.1 LC), pudiendo adoptar el juez las medidas cautelares que estime oportunas para impedir que la demora causada por el procedimiento impida el cumplimiento futuro del convenio aceptado, hasta incluso acordar el inicio de su cumplimiento (art. 129.4 LC)³⁵². También en este caso podrá interponerse recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

³⁵² El juez podrá también rechazar el convenio por infracciones en la forma y contenido de las adhesiones o en la constitución o celebración de la junta de acreedores. Sin embargo, y dado que, tanto en el art. 131. 2 y 3, como en el 129.2 LC la propia Ley impone al juez, a mi juicio con carácter imperativo, que conceda un plazo para formular legalmente la forma y contenido de las adhesiones, así como para la convocatoria de nueva junta para subsanar las infracciones en su constitución o celebración, si se subsanasen las irregularidades cometidas –y en ausencia de otras-, el juez aprobará el convenio. Pero, si a pesar del plazo concedido, no se hubieran resuelto las infracciones cometidas, el juez dictará resolución rechazando el convenio, pudiendo también presentarse recurso de apelación contra la sentencia que lo declare. Si, a pesar

2.3.5 Por declaración de incumplimiento del convenio (art. 143.1.5º LC)

La declaración judicial de incumplimiento del convenio, adoptada por sentencia firme (art. 140.3 y 197.5 LC) supone automáticamente:

- a. Su rescisión (art. 140.4 LC).
- b. La desaparición de los efectos sobre los créditos, tanto en la quita y/o espera como en el resto de cláusulas concertadas (arts. 136 y 140.4 LC).³⁵³
- c. La apertura de la fase de liquidación declarada en la propia sentencia, una vez que adquiera firmeza (art. 143.1.5º LC).
- d. La formación de la sección de calificación del concurso, cuando se abra la fase de liquidación (art. 163.1.2º LC).
- e. La calificación del concurso como culpable, si el incumplimiento del convenio fue debido a causa imputable al concursado (art. 164.2.3º LC), cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio (art. 143.1.5º LC).³⁵⁴ (La declaración de incumplimiento debe ser solicitada al juez, ya que no cabe declararla de oficio).

Como expusimos al tratar de su solicitud, están legitimados para instarla solamente los acreedores (no la administración concursal, socios, trabajadores...) y no todos los acreedores, sino cualquiera de ellos que considere le afecta el incumplimiento del convenio.³⁵⁵ Este criterio legal ha sido valorado negativamente por parte de la doctrina, al

de ello, no rechazase el convenio si no que lo aprobase, como ya se ha señalado, cabrá igualmente interponer recurso de apelación por los activamente legitimados.

³⁵³ Para BELTRÁN la conversión de la fase de convenio en fase de liquidación habrá de determinar la inaplicación de los efectos que sobre los créditos hubiera producido el convenio (art. 136) y su sustitución por los efectos propios de la apertura de liquidación (art. 146 LC). Quedarán sin efecto las quitas y esperas pactadas, aunque se considerarán legítimos los pagos realizados durante la ejecución del convenio, salvo que se probara la existencia de un fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato de los acreedores (art. 162.1 LC). BELTRÁN, E., “Apertura de oficio de la liquidación”, cit., p.2314.

³⁵⁴ Hay que advertir que una cosa es la declaración judicial de incumplimiento –que sólo puede producirse por solicitud de cualquier acreedor- y otra la apertura de la liquidación de oficio, producida en base a la resolución judicial firme de aquella declaración de incumplimiento. Vid. BELTRÁN, E., “Apertura de oficio de la liquidación...”, cit., pp. 2321 ss.

³⁵⁵ Sin embargo, la solicitud de liquidación por incumplimiento del convenio se extiende a cualquier acreedor. Si el concursado hubiera infringido las medidas de prohibición o limitación en el ejercicio de sus facultades, establecidas en el convenio (art. 137.1 LC), esa solicitud sólo se extendería a cualquier acreedor sometido al convenio (el subrayado es nuestro). Vid. BELTRÁN, E., “Apertura de oficio de la

estimar –como parece razonable- que la declaración de incumplimiento comporta la rescisión del convenio, que afecta no sólo al solicitante sino a la totalidad de acreedores concursales; de esta manera se estaría produciendo una injusticia lesiva para el resto de acreedores no afectados por el incumplimiento, máxime si la importancia de su crédito no es significativa y el resto de acreedores –tanto en número como en volumen crediticio- puede alcanzar considerables proporciones³⁵⁶. Mejor hubiera sido dejar a criterio del juez ponderar las circunstancias del incumplimiento y declarar la rescisión total del convenio o individualizada respecto al acreedor afectado. De todos modos, si el incumplimiento se hubiera producido por algún hecho tipificado en el art. 2.4 LC –por analogía con lo dispuesto en el art. 142.4 LC- el juez debería proceder a la apertura de la liquidación.

El carácter rescisorio del convenio, a causa de su incumplimiento, sancionado en el art. 140, deriva de sus propios términos, si bien esa identificación con la institución civil de la rescisión no es total, al no estar sometida al principio de la subsidiariedad, establecido por el art. 1.294 Cc³⁵⁷. Nada se indica en la disposición acerca del alcance de la rescisión del convenio. En principio, parece que cabría aplicar las reglas comunes de nuestro ordenamiento, excluyendo la aplicación del convenio, retrotrayéndose los efectos del concurso a los que existían antes de la aprobación de aquél; y, por lo que respecta a los créditos, declarar la vigencia de todos ellos, en la cuantía y condiciones originarias. Pero, dada la especificidad concursal puede que su alcance pueda verse restringido a determinados créditos recogidos en el convenio e incluso de forma parcial.

La propia LC, en su art. 162, nos da un criterio para orientar la rescisión del convenio y la desaparición de sus efectos. Caso de inexistencia de fraude, contravención o alteración de la igualdad de trato a los acreedores, indica el precepto, “si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos

liquidación...”, cit., p.2321. Sin embargo, pensamos que los acreedores no sometidos al convenio (privilegiados, acreedores de la masa) pueden ver afectado su crédito por aquella infracción y por tanto, quedarían también habilitados para solicitar la declaración de incumplimiento.

³⁵⁶ SACRISTÁN REPRESA, M., “Apertura de la fase de liquidación”, cit., pp. 1300-1305. MARINA GARCÍA- TUÑÓN, A., “Incumplimiento del convenio. Art. 140”, en SÁNCHEZ CALERO, J., - GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la legislación concursal*, cit., p. 2529.

³⁵⁷ MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., “Incumplimiento...”, p. 2529.

recibidos” (art. 162. 1 LC). Así pues, los pagos en su totalidad, realizados, vigente convenio, -sin fraude o desigualdad de trato- y antes de la sentencia que declare su incumplimiento, se reputan legítimos, sin posibilidad de rescisión, así como los pagos parciales –igualmente sin que se hubiera revocado su legitimidad por sentencia firme- .

Parece, por tanto, que el alcance de la rescisión alcanzaría sólo a los créditos no cumplidos total o parcialmente³⁵⁸. No resulta factible, en relación con la resolución negocial, la petición de ejecución forzosa prevista en el art. 1124 Cc, como –respecto a la rescisión- no se contempla la devolución del crédito satisfecho por el concursado, en caso de incumplimiento posterior del concurso, como lo hace el art. 1295 Cc; antes al contrario, se reputan legítimos los pagos efectuados. (art. 162 LC).

Igualmente resultaría inadecuado aplicar al convenio, por lo que a la resolución respecta, la facultad del perjudicado de escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación (art. 1124 Cc). En el convenio hay una obligación recíproca de la concursada respecto a una colectividad de acreedores (acreedores concursales) y no respecto a uno de ellos o a cada acreedor en particular. Además, la igualdad de trato, que permea la institución concursal, se quebraría si se llegase a un trato bilateral (entidad concursada con cada acreedor), salvo que la propia LC admitiese esa posibilidad, lo cual nos lleva a preguntarnos si los efectos del incumplimiento en su crédito respecto a un deudor, afecta a ese deudor o al convenio en su totalidad.

Aunque parece encajar esta última tesis, sin embargo –y por los posibles efectos injustos que comportaría para el resto de los acreedores - hubiera sido más conveniente, como anteriormente indicábamos, dejar a criterio del juez la ponderación de las circunstancias del incumplimiento, procurando satisfacer al conjunto de acreedores y buscando la solución más conveniente para el acreedor afectado. De todas formas, parece que la LC reconoce dar por extinguido el convenio siempre que:

³⁵⁸ MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., “Incumplimiento...”, cit., p. 2529. Para este autor, los efectos que la LC atribuye al incumplimiento no encajan totalmente ni en los supuestos rescisorios (arts. 1290-1299 Cc), ni tampoco en la resolución negocial (art. 1124 Cc), quizá por la peculiar naturaleza jurídica del convenio, que viene a reproducir aspectos contractuales o privados, procesales o públicos y también transaccionales.

- a. ello afecte a las obligaciones que total o parcialmente se hallen pendientes de cumplimiento.
- b. Las obligaciones cumplidas por la concursada no se vean afectadas por la declaración de incumplimiento, considerándose totalmente extinguidas, incluso la eventual quita que haya podido establecerse³⁵⁹.

Un caso específico en la aplicación de los principios señalados es el referente a la conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales (art. 100. 2 LC). El contenido del convenio aprobado ha podido recoger –además de otras proposiciones expresadas en el art. 100 LC- y para todos o una clase de acreedores, la conversión del crédito en una porción del capital social de la entidad. Una vez declarado el incumplimiento del convenio, ¿se extinguiría la conversión, restableciéndose el crédito a favor de los acreedores, como antes de la aprobación del convenio?

Una vez que el convenio haya adquirido plena eficacia (art. 133. 1 y 2 LC) mediante sentencia firme los créditos de los acreedores ordinarios y subordinados (y los privilegiados que votaron el convenio) quedan extinguidos parcialmente, por lo que respecta a la quita efectuada (art. 136 LC). Sin embargo, la declaración de incumplimiento deja sin efecto la novación producida en los créditos (art. 140. 4 LC), salvo los pagos parciales que se hubieran realizado sin fraude, contravención del convenio o afectados por la desigualdad de trato entre acreedores (art. 162. 1 LC), pagos que quedarán en poder de los acreedores receptores (art. 162. 2 LC).

Pero ¿cabe reputar como acreedor a quién adquirió la condición de socio por la conversión producida del crédito en títulos de la sociedad de capital concursada? Debemos indicar, en primer lugar, que la deuda fue pagada completamente a la entrega de los títulos-valor (art. 1157 LC), extinguiéndose así la obligación de la sociedad concursada (art. 1156 LC). El acreedor, en consecuencia, se considera pagado totalmente –no sólo de

³⁵⁹ MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., “Incumplimiento...”, cit., p. 2532.

manera parcial (art. 162. 2 LC)-, no pudiendo reclamar ni participar en los repartos resultantes de las operaciones de liquidación.

A nuestro juicio, en estos casos no cabe hablar *stricto sensu* de novación, ya que el acreedor deja de serlo para convertirse de pleno derecho en socio de la entidad concursada, impidiéndole, en su condición de socio, no sólo solicitar la declaración de incumplimiento, sino que quedaría al margen de los efectos novatorios que produce la mencionada declaración. Con el fin de paliar la injusticia³⁶⁰ que se produce respecto al tratamiento para aquellos acreedores que aceptaron quita y/o espera, cabría incluir en el convenio una cláusula, como condición resolutoria, mediante la cual, en caso de declararse incumplido el convenio, quedaría sin efecto, en todo o en parte, la conversión de créditos en títulos-valor, en virtud de la rescisión del acuerdo principal –el convenio- que sustentó la conversión en títulos de aquellos créditos³⁶¹.

La solicitud de declaración de incumplimiento se tramitará mediante incidente concursal (art. 140.2 LC), siguiendo el procedimiento de juicio ordinario en su presentación (art. 399 LEC) y admisión a trámite (art. 404 LEC), continuando el procedimiento, una vez contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, conforme a los trámites del juicio verbal de la LEC (art. 194.4 LC). La sentencia que declare el incumplimiento motivará la apertura de la liquidación, pero no producirá efectos inmediatos, sino hasta la firmeza de la sentencia³⁶².

Contra la sentencia que resuelva el incidente –incluso contra el auto que inadmitió a trámite la demanda (art. 194.2 LC) cabrá recurso de apelación (art. 140.3 LC), cuyo conocimiento se practicará por la Audiencia Provincial respectiva (art. 455.2.2º LEC).

³⁶⁰ Injusticia sólo en virtud del resultado negativo de la conversión, ya que su acuerdo lleva implícito la asunción de un riesgo para el acreedor, compensado por las expectativas de rentabilidad y de ganancias patrimoniales que considera va a obtener con el cambio.

³⁶¹ Aunque las propuestas que condicionan la eficacia del convenio se tendrán por no puestas (art. 101 LC), pensamos que la cláusula que proponemos no implica condicionar el convenio, (ya que se cumpliría solamente si se hubiera declarado su incumplimiento, es decir con posterioridad al mismo) sino proporcionar cobertura a esos acreedores –convertidos en socios- en el caso de incumplimiento del convenio, al igual que lo estarían si hubieran aceptado otras propuestas (art. 140. 4 LC), siguiendo con su condición de acreedores.

³⁶² BELTRÁN, E., “Apertura de oficio de la liquidación”, cit., pp. 2321 ss. “La liquidación...”, cit., p. 425.

Contra el auto dictado por la Audiencia Provincial cabrá recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia correspondiente (art. 468 LEC) o bien recurso de casación (art. 477 LEC)³⁶³, cuyo conocimiento corresponderá a la Sala Primera del Tribunal Supremo (478 LEC), salvo cuando el Estatuto de Autonomía de la Comunidad, haya previsto su atribución a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia en sede de esa Comunidad. La interposición de ambos recursos la posibilita la LC (art. 197.7), al presentarse contra la sentencia de la Audiencia Provincial, relativa al cumplimiento del convenio.

Solamente cuando la resolución judicial de incumplimiento del convenio adquiera firmeza –en función de los recursos interpuestos–, se acordará la apertura de la fase de liquidación en la misma resolución que la ha motivado (art. 143.2 párrafo final LC).

La sentencia firme que pronuncie la declaración de incumplimiento y la correspondiente apertura de la fase de liquidación se notificará a todos los que sean parte del proceso (art. 150 LEC), dándosele la publicidad que se prevé para la declaración de concurso (arts. 23 y 24 LC), como ocurre con la sentencia que aprueba el convenio (art. 132 LC), así como con el auto de conclusión del concurso por cumplimiento del convenio (art. 141 LC), con la sentencia firme que resuelve la oposición al concurso y la resolución que aprueba su conclusión (art. 177 LC), así como la reapertura del concurso (art. 179 LC).

2.4 Incumplimiento del convenio aprobado en procedimientos concursales acogidos a la legislación anterior

Como una variante de cierre para la apertura de oficio del concurso, en casos de incumplimiento de convenio, el legislador recoge en la Disposición Transitoria Primera su regulación, para los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y

³⁶³ Si se preparan contra la misma resolución de la Audiencia Provincial tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el de casación, se tendrá por inadmitido el de casación (art. 466.2 LEC). Contra la sentencia que resuelva el recurso extraordinario por infracción procesal no cabrá recurso alguno, salvo lo previsto sobre el recurso en interés de ley, ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (art. 476.4 LEC).

suspensión de pagos. Si la resolución judicial de declaración de incumplimiento de un convenio aprobado con anterioridad, adquiere firmeza después de la entrada en vigor de la LC, se producirá la apertura de oficio del concurso de la deudora, solamente a efectos de tramitar la fase de liquidación. El procedimiento específico se rige por su propia normativa. Tan solo se aplica la LC a la fase liquidatoria³⁶⁴. El juez que ha tramitado el procedimiento concursal continuará conociendo la fase de liquidación, pero aplicando específicamente la normativa contenida en la LC.

Entiendo que no sólo se aplicarán las normas específicas de la fase de liquidación (Capit. II del Tit. V, arts. 142 a 162 LC, con especial mención a las normas contenidas en el Título III de la LC, por la remisión que de ellas hace el art 147), sino también las que resultan inseparables con ellas, como las disposiciones sobre calificación del concurso (Título VI) –en lo que sea compatible con la legislación concursal anterior-, así como el Título VIII, Capítulo III, referente al incidente concursal o Capítulo IV sobre recursos. Y ante la existencia de nuevos créditos y disminución o eliminación de los inicialmente existentes durante la vigencia del convenio, será preciso confeccionar una lista de acreedores actualizada (art. 94 LC), una nueva clasificación de los créditos, anteriores y nuevos, según normas concursales (arts. 89 ss LC), así como los que tengan la consideración de créditos contra la masa (art. 84. 2 LC), sin olvidar un nuevo inventario de la masa activa (art. 82 LC), ante las variaciones que en el existente se habrán producido durante el decurso del convenio³⁶⁵.

³⁶⁴ Vid. auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, interpretando la DT 1ª apdo. 2º. Recoge, en su Razonamiento Jurídico quinto, que “no dice la norma concursal que el incumplimiento del convenio producirá la apertura de la fase de liquidación a tramitar conforme a las normas de la propia LC, sino que la resolución judicial de incumplimiento del convenio producirá “la apertura de oficio del concurso”, lo que supone que el concurso debe ser declarado con los pronunciamientos que previene el art. 21 LC y con todos los efectos y trámites legales, si bien esta preordenado a la liquidación. Se trata de una declaración de concurso que da lugar a un procedimiento concursal con formación de sus correspondientes secciones y de “este concurso” ha de conocer el mismo Juez que tramitó la quiebra, que ahora se contempla como un procedimiento concursal “precedente”. No se trata, por tanto, de una continuación de la quiebra, o de la simple y aislada aplicación de las normas de la Ley Concursal que regulan la fase de liquidación, sino de un nuevo pronunciamiento concursal que se declara por ministerio de la Ley con finalidad liquidativa”. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 414/2007 (Sección 15), de 18 de diciembre de 2007, (apelación núm. 462/2007), AC 2008/777.

³⁶⁵ Vid. en esta línea de argumentación, si bien que parcialmente, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, recogido en la nota anterior.

IV.3 Publicidad de la apertura de la fase de liquidación (ordinaria y anticipada)

En el procedimiento derogado de la quiebra, al ser un procedimiento de ejecución colectiva, con finalidad de realización del patrimonio del deudor, no existía una fase específica de liquidación. La inscripción en registros públicos se circunscribía a las limitaciones a las que quedaba sujeto el deudor-comerciante (inhabilitación del quebrado para administrar sus bienes –art. 878 CCº-, nombramiento y cese de depositarios, administradores e interventores judiciales o síndicos –art. 94.1.4º RRM-). No se había asumido la necesidad de dar publicidad al comienzo de la actuación de venta de bienes, base del procedimiento de quiebra³⁶⁶.

En el ALC 1983 la apertura de la liquidación debía inscribirse en el Registro Especial de Concursos (art. 129.7º) y, si era empresario individual o sociedad inscrita, en el Registro Mercantil (art. 131), así como en los Registros de la Propiedad u otros, donde se inscribieran bienes o actos del deudor (arts. 132-133-135). La liquidación, por otra parte, debía anunciarse por edictos, sin perjuicio de otras medidas de publicidad que pudiera acordar el juez. El ALC 1995 ya recoge que la publicidad del auto o sentencia que ordene la liquidación será la misma que declare la apertura del concurso (art 181.1.3º), así como su reflejo en el Registro Mercantil y demás Registros de personas jurídicas³⁶⁷.

La LC, en su art. 144, siguiendo el precedente del ALC 1995, impone la obligación de dar publicidad a la resolución judicial –auto o sentencia- que declare abierta la fase de liquidación --tanto ordinaria como anticipada-³⁶⁸, de acuerdo con los arts. 23 y 24 de la LC., los mismos que recogen la publicidad para la declaración de concurso, su conclusión y el cambio de situaciones de intervención o suspensión de las facultades del deudor.

³⁶⁶ SÁNCHEZ RUS, H.,-SÁNCHEZ RUS, A., “Publicidad de la apertura de la liquidación (art. 144 LC)”, en ROJO, A-BELTRÁN, E., en *Comentario de la Ley Concursal* Tomo II, Thomson Civitas, Madrid 2004, pp. 2325-2328

³⁶⁷ SÁNCHEZ RUS, H-SÁNCHEZ RUS, A., *Ibidem*.

³⁶⁸ La publicidad del auto que apruebe o rechace la liquidación anticipada (art. 142bis. LC) recogerá no sólo el acuerdo que recaiga sobre la apertura de la fase de liquidación, sino también la aprobación o rechazo del plan de liquidación. Publicidad que, al igual que la resolución judicial que declare la apertura de liquidación por vía ordinaria, se atenderá a lo previsto en el art. 144 LC.

Precepto que abarca cualquiera que haya sido el inicio de su tramitación: a solicitud del deudor, de acreedor o bien de oficio

¿Qué decir sobre su notificación? Su previsión parcial -recogida en el art. 143.2 LC- se contrapone con la precisa formulación que el art. 177.3 LC hace para la resolución firme que acuerde la conclusión del concurso. La notificación, según este último precepto, se efectuará por comunicación personal, siempre que se acredite su recibo o bien, alternativamente, de forma preferente, por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, garantizando la seguridad e integridad de las comunicaciones (art. 23.1. párrafo 1º modificado, al que se hace remisión).

La publicidad de la resolución firme sobre conclusión de concurso se realizará a través del BOE (remisión al art. 23.1, párrafo 2º modificado LC).

Esta precisión sobre la notificación, así como de la publicidad, de la conclusión del concurso no es seguida, sin embargo, por el legislador en la apertura de la fase de liquidación. El art. 143.2 se pronuncia sobre la notificación del auto judicial de apertura de liquidación en los casos de no presentación de propuestas de convenio, inadmisión a trámite de las presentadas o inaceptación en Junta de acreedores de propuesta alguna de convenio, indicando que se efectuará al concursado, a la administración concursal y a las partes personadas en el procedimiento³⁶⁹.

Pero, ¿alcanza lo expresado también a los supuestos de apertura de liquidación por resolución judicial firme? ¿Qué notificación debe hacerse cuando la apertura de la fase liquidatoria se produce por solicitud de la deudora o de un acreedor? Y en lo que

³⁶⁹ SÁNCHEZ ARISTI se pregunta si no hubiera sido mejor establecer reglas de notificación y publicidad individualizadas para cada resolución judicial, ya que la remisión a otros artículos en esta materia crea confusión. SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase de liquidación”, cit., pp. 1550 ss. El auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, núm. 297/2007 de 7 de junio (JUR 2007/210525), en el que se acuerda la apertura de liquidación por falta de suficientes apoyos en junta de acreedores de la propuesta de convenio presentada, no se dispone notificación expresa sino edictal, en el tablón de anuncios del juzgado y en los establecimientos de la concursada, además de publicarse en el BOE y en un periódico de difusión provincial.

concierno a la publicidad, ¿debe aplicarse, total o parcialmente, el contenido de los arts. 23 y 24 LC?

Parece que la notificación del auto –art. 143.2 LC- alcanza también a las sentencias firmes que recaigan sobre los casos contemplados en los nn. 3º, 4º y 5º del art. 143.1 LC³⁷⁰, por aplicación de los principios generales contenidos en la LEC (art. 150.1). La comunicación de la apertura de liquidación por resolución judicial firme se efectuará a la concursada, a la administración concursal y a las demás partes personadas³⁷¹.

¿Cabe notificar a la entidad concursada o al acreedor solicitante de la liquidación, la resolución de apertura de forma individualizada o debiera llevarse a cabo por vía edictal? Entendemos que siempre que el medio empleado permita dejar constancia fehaciente de la fecha y contenido de su recepción, puede utilizarse el correo o el telegrama (art. 152.1.2 LEC), aunque preferentemente se realizará por medios telemáticos, informáticos o electrónicos, garantizando, en estos últimos casos, la seguridad e integridad de las comunicaciones (art. 23.1 párrafo 1º LC en relación con el 162.1 LEC)³⁷².

De todas formas será la interpretación de los Tribunales, en defecto de normativa reglamentaria, la que clarifique el dilema de cómo debe realizarse la comunicación de las

³⁷⁰ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 426. SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase de liquidación”, cit., p. 1550.

³⁷¹ El art. 150.1 LEC dispone que “las resoluciones judiciales y diligencias de ordenación se notificarán a todos los que sean parte en el proceso. Y, de acuerdo con su punto 3, “también se hará notificación a los terceros en los casos en que lo prevea la Ley”. PULGAR EZQUERRA afirmaba –con anterioridad a las modificaciones que introduce el R.D-ley 3/2009 sobre publicidad del concurso- que la declaración de apertura de la fase de liquidación, ya sea a solicitud del deudor, acreedor o de oficio, está sometida a la publicidad-noticia, legalmente prevista en el art. 23.1.II LC, es decir en el BOE, así como en dos diarios, además de la publicidad registralmente contenida en el art. 24 LC. Los efectos propios de la liquidación deberán ser objeto, a su vez, de la publicidad prevista en el art. 23 LC y, entre ellos, el cambio automático que se produce en los efectos del concurso sobre las facultades patrimoniales del deudor, aplicándose en todo caso, el régimen de suspensión del ejercicio de facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art. 145.1 en conexión con el art. 40 LC). Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005, p. 755.

³⁷² PRIETO GARCÍA-NIETO, I., *Legislación concursal, con concordancias, resoluciones judiciales y formularios*, DAPP Pamplona 2007, p. 203. Este autor recoge una resolución del Juzgado de Instancia de lo Mercantil (La Coruña 5/12/06) en la que se indica que no cabe limitar la publicación del auto de apertura de liquidación al tablón de anuncios del Juzgado, como medio de comunicación a las partes.

sentencias firmes (art. 143.1.3º,4º y 5º LC) y de los autos que dicte el juez ante la solicitud del deudor (art. 142. 1 y 3 LC) o de cualquier acreedor (art. 142.4 LC)³⁷³.

3.1 Publicidad extraregistrarial de la apertura de la liquidación (art. 23 LC en su contenido originario)

Según el art. 144 LC, a la resolución judicial que declare la apertura de la liquidación, tanto de oficio como a solicitud de parte, se le dará la publicidad prevista en los arts. 23 y 24 LC.

En la redacción originaria del artículo 23 se le denominaba simplemente “publicidad”, para diferenciarlo del art. 24, intitulado “publicidad registral”. Al no regular registro alguno, el art. 23 podía adecuadamente lucir como título “publicidad extraregistrarial”, diferenciándose así del art. siguiente. A partir de la modificación sobre publicidad, recogida en el R. Decreto-ley 3/2009, de 31 de marzo, desaparece la titulación de ambos artículos, al subsumirse bajo la denominación genérica del art. 6 del R. Decreto-ley “Publicidad del concurso”, al incorporar el art. 23 el Registro Público Concursal –que analizaremos en su momento-, eliminando la razón de ser de la diferencia en la titulación de ambos artículos.

³⁷³ SÁNCHEZ ARISTI se pregunta si la apertura de liquidación debe ser notificada o comunicada de forma individualizada, basta su publicación por edictos o, incluso, pueden acumularse las dos formas cuando el Juez lo estime oportuno. Considera que la notificación individualizada puede aplicarse a todos los supuestos del art. 143. Incluye, como solución alternativa, si bien que complementaria, la telemática, informática y electrónica, mediante correos electrónicos individuales, no mediante inserción en páginas webs, ya que al no estar individualizadas, no existiría garantía de su recepción por todas las partes legitimadas y personadas en el procedimiento. SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase de liquidación, cit., p. 1550. Para BELTRÁN tanto el auto o sentencia que abra la fase de liquidación se notificará al concursado, Administración concursal y demás partes personadas, pudiendo realizarse por medios telemáticos, informáticos y electrónicos (art. 23.1-I LC)., si bien no llega a analizar la forma de garantizar su recepción. BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 426.

Recientes resoluciones judiciales sobre esta cuestión parecen unificar la notificación con la publicidad anunciada por edictos de la apertura de la fase de liquidación, mediante su fijación en el tablón de anuncios del Juzgado, BOE y Diarios (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia, de 16 de mayo de 2006,- cuya parte dispositiva es recogida en apelación por Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa núm. 2103/2006Sección 2ª, de 13 octubre. JUR 2007/103475-) e incluso haciendo extensión a su fijación en los establecimientos de la concursada (Auto Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de 7 de junio 2007, núm 297/2007, (JUR 2007/210525).

Una parte de la doctrina, enjuiciando el contenido originario del art. citado, consideraba que “la Ley quiere, pues, establecer que, cualquiera que sea la forma y tiempo de la apertura de la liquidación, se le dará la misma publicidad que a la declaración de concurso”. “La apertura de la fase de liquidación, como la declaración de concurso, deberá anunciarse en el BOE y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio (art. 23.1-II)”. Consideraban dudosa la aplicación de la regla general prevista para las demás resoluciones que deban ser publicadas por medio de edictos (art. 23.4 LC)³⁷⁴.

Otro sector doctrinal opinaba que la interpretación de anunciar la apertura de la liquidación en el BOE y algunos diarios estaría vedada por el propio artículo 23. En él se distinguía –de forma privativa, a su juicio- la publicidad de la declaración de concurso (art. 23.1 II y III LC) –además de la expresada en el art. 23.1.I y 23.2 LC, que generalmente cabía aplicar al resto de comunicaciones y notificaciones- de la publicidad del resto de resoluciones, en las que obviamente se encontraba la de anunciar la apertura de la liquidación, que “debían” ser publicadas por medio de edictos³⁷⁵. Defendían su postura en base a la diferente importancia de la declaración de concurso respecto al resto de fases del procedimiento, a excepción de la resolución firme sobre la conclusión del concurso, cuya publicidad debe efectuarse igualmente en el BOE y determinados diarios (art. 177.3 LC).

Fundamentaban su postura razonando que en las fases intermedias –entre la declaración y finalización del concurso- no se necesitaría una publicidad extraordinaria, sino que sería suficiente constreñirse a las partes personadas en el procedimiento o incluso efectuar una publicidad edictal, con un alcance limitado, en consonancia con el art. 23.4 LC, el cual hacía referencia en su aplicación a la forma establecida en el párrafo segundo del apartado 1º del art. 236 de la LOPJ, que prevé los mismos medios expresados en el art.

³⁷⁴ BELTRÁN, E., “La liquidación”, cit., p. 426.

³⁷⁵ SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase de liquidación”, cit., pp. 1550 ss. Según la anteriormente citada resolución (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 La Coruña, 5/12/06) la remisión del art. 144 al 23 no implicaba necesariamente su publicación en el BOE y Diario provincial. PRIETO GARCÍA-NIETO, I. “Legislación concursal...”, cit., p. 200.

23.1.I LC³⁷⁶ (es decir, comunicación mediante publicidad edictal, por medios informáticos, telemáticos y electrónicos)³⁷⁷, pero no de forma generalizada sino circunscribiéndola a las partes personadas en el procedimiento. Además el juez siempre tenía la potestad (de oficio o a instancia de los interesados) de acordar cualquier publicidad complementaria, tanto en medios oficiales como privados.

Esta argumentación era contestada por otra posición doctrinal³⁷⁸ en base a la publicidad que debía darse a la modificación de facultades de la entidad deudora y en consecuencia de la administración concursal, por cambio de las situaciones de suspensión o intervención sobre el patrimonio del concursado (art. 40.4.II LC), conforme a los artículos 23 y 24, igual que la dada a la declaración de concurso, ya que la apertura de la liquidación provoca también suspensión de facultades de la deudora sobre su patrimonio (art. 145.1 LC). La importancia de la fase de liquidación, según este sector doctrinal, no podía limitarse a una forma de publicidad meramente edictal ex art. 23.1.I LC. Debiera tener las mismas garantías que el auto de declaración de concurso.

En síntesis, se trataba de dilucidar si la publicación en el BOE y determinados diarios de la apertura de la fase de liquidación era obligatoria (art. 23.1.II LC) o cabía, alternativamente, efectuarla por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, o mediante edictos (art. 23.1.I y 23.4 LC), o bien, finalmente, podía dejarse a la decisión del juez, según lo considerase oportuno (art. 23.2 LC).

En una reciente resolución, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona se desestimaba, por motivos de fondo, un recurso de apelación sobre la publicidad del auto

³⁷⁶ El mismo párrafo I del art. 23.1 LC se remitía a la concreción que reglamentariamente se determine, dejando en manos del legislador articular la normativa aplicable. El párrafo segundo del apartado 1º del art. 236 LOPJ indicaba que “la publicidad por edictos se entenderá cumplida mediante la inserción, según proceda, en los Boletines Oficiales que señalen las leyes procesales”. “Cuando expresamente así se prevea, tal publicidad y comunicaciones podrán sustituirse, en los términos que reglamentariamente se determinen, por la utilización de medios telemáticos, informáticos o electrónicos”.

³⁷⁷ SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase de liquidación”, cit., pp. 1550 ss.

³⁷⁸ SALA ALCAYDE, A., “De la fase de liquidación”, en SALA, A., MERCADAL, F., ALONSO-CUEVILLAS, J., (coords.) *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona 2004, p. 652.

que daba por concluida la fase de convenio, ante la ausencia de propuestas, y abría la fase de liquidación, confirmándose el auto apelado, el cual consideraba innecesaria la publicidad en el BOE y en un Diario de los de mayor difusión en la provincia y acordaba la simple publicidad del edicto en los tablones de anuncios correspondientes, por la remisión genérica que el art. 144 LC hace al art. 23 de dicha Ley. Una interpretación, tanto literal como sistemática, del art. 23 LC conduce a concluir –según la resolución– que la publicidad general de la declaración de concurso no es estrictamente necesaria en el caso de la apertura de la fase de liquidación, ya que los fines que en ésta se persiguen no la justifican, e incluso es contraria a la eficiencia del concurso, encareciendo el procedimiento, al distraer parte del activo que debiera ir destinado al pago de los créditos concursales³⁷⁹.

Si las facultades patrimoniales de la concursada (a las que alude el referido auto de la Audiencia Provincial de Barcelona) hubieran estado ya suspendidas, la resolución adoptada podría considerarse, a nuestro juicio, adecuada. En este sentido se pronunciaba el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 3 febrero de 2005, sobre la publicidad que debe darse a la apertura de la fase de liquidación derivada de la solicitud de liquidación presentada por el deudor simultáneamente a la de declaración de concurso. En el Fundamento de Derecho segundo recoge que las facultades de la concursada quedaron

³⁷⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 126/2007 (Sección 15) de 3 de mayo 2007. Recurso de Apelación núm. 53/2007 (AC 2008/154). En su Fundamento de Derecho Tercero se exponen las razones por las que se considera publicidad bastante el anuncio por edictos colgados en el tablón de anuncios del Juzgado: la publicidad general de la apertura del concurso “no es estrictamente necesaria en el caso de apertura de la fase de liquidación, en atención a los fines que persigue la publicidad en este caso”: primero, informar a todos los afectados, sobre todo a los acreedores, de que se procederá a la liquidación de todo el activo del deudor. Segundo, informar de los efectos propios de la apertura de la liquidación ...disolución de la sociedad o persona jurídica, suspensión de las facultades patrimoniales del deudor...; y tercero dar comienzo al plazo de diez días para que cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo pueda personarse en la sección 6ª, alegando cuanto considere relevante para la calificación el concurso como culpable. Ninguno de los dos primeros fines justificaría la necesidad de una publicación como la propia de la declaración de concurso, y aunque el tercero si lo pareciera, el significado de la personación de los interesados se limita a poner en conocimiento circunstancias relevantes para la calificación y no supone la posibilidad de ejercitar directamente la acción de calificación, reservada por el art. 169 LC a la Administración Concursal y al Ministerio Fiscal. Concluye indicando que con el anuncio por edictos colgado en el tablón de anuncios del juzgado tienen cumplida in formación los interesados para estar al tanto de la fase en que se encuentra el concurso. La publicidad mediante el BOE y Diarios es contraria a la eficiencia del concurso, encarece innecesariamente el procedimiento y resta eficacia al concurso al distraer parte del activo que debiera ir destinado, previa liquidación, al pago de los créditos concursales

suspendidas con el auto de declaración de concurso, no siendo necesaria en consecuencia reiterar el pronunciamiento exigido por el art. 145.1 LC. Dispone, finalmente, que basta “la simple publicidad del edicto en los tabloneros de anuncios correspondientes”, al no reclamarse una publicidad cualificada³⁸⁰.

En consecuencia, si a la apertura de la fase liquidativa, el estado de las facultades de administración y disposición del deudor hubiera sido el de suspensión de su ejercicio, al haberse acordado bien con la declaración de concurso necesario o por modificación de la situación de intervención durante el transcurso de la fase común, podría considerarse que no sería necesaria su difusión en el BOE y Diarios de ámbito provincial, ya que la publicidad que en su momento tuvo la solicitud de liquidación –contenida en el auto de declaración de concurso (art. 21 1.1º LC)- o la dada al cambio de la situación de intervención al de suspensión de facultades (art. 40.4.II LC), fue precisamente esa publicidad cualificada. Sin embargo, si por tratarse de un concurso voluntario, el deudor hubiera conservado sus facultades patrimoniales, sometido solamente a la intervención de la administración concursal, y no se hubiera producido una modificación en sus facultades durante la tramitación de las fases común y de convenio, finalizada la fase de convenio por cualquiera de los dos primeros supuestos recogidos en el art. 143.1 LC³⁸¹ y abierta la fase liquidativa quedará suspendido ipso iure (art. 145.1 LC) el ejercicio de las facultades de disposición y administración, cesando en su ejercicio los administradores o liquidadores de la entidad concursada, siendo sustituidos por la administración concursal, conforme a lo establecido en la LC (art. 145.3). Con mayor razón se aplicará este criterio en los casos de convenio iniciado, cuando la apertura de la liquidación sea consecuencia de nulidad o incumplimiento, ya que los administradores de la sociedad generalmente estarán en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición. La suspensión del ejercicio de las facultades patrimoniales en el deudor, asumidas por la administración concursal, motivadas por la apertura de la fase de liquidación, parecía provocar la publicidad dada a

³⁸⁰ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (procedim. 33/2004) de 3 de febrero de 2005 (JUR 2006/223236.)

³⁸¹ En tales supuestos –no presentación en plazo de propuestas de convenio, inadmisión a trámite o inaceptación en junta de acreedores de las presentadas- habrá notificación del auto judicial al concursado, administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento. (art. 143. 2 LC).

la declaración de concurso, por aplicación del art. 40.4. II LC (con anterioridad a su modificación).

Nuestra opinión, con algunas dudas, se decantaba por la obligatoriedad de publicar el auto de apertura de la fase de liquidación de forma oficial (BOE y Diarios), al no conservar ya el deudor el ejercicio de sus facultades patrimoniales, sustituyéndole en el mismo la administración concursal, por las siguientes razones:

- a. La suspensión automática en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio por el concursado (art. 145.1.I LC) tiene una gran importancia –utilizadas, sobre todo, vigente convenio–, no sólo para las partes personadas en el procedimiento, sino también para quienes –sin estar personados– han seguido negociando con la entidad concursada la compra-venta de bienes y servicios y la utilización de fuentes de financiación de terceros; a partir de la apertura de la liquidación no será el concursado quién esté facultado para realizar disposiciones patrimoniales, sino la administración concursal.
- b. El cese de los administradores de la persona jurídica concursada, así como su disolución, que conlleva la apertura de la liquidación, deben ser conocidas de forma general y ello ocurrirá, fundamentalmente, mediante la publicación de la resolución en el BOE y, en su caso, en otros medios de comunicación oficiales, así como en los diarios señalados en el párrafo II del art. 23.1 LC.
- c. La posible demora en el procedimiento que comportaría la publicación en estos medios, decae ante el conocimiento general de la fase en que se va a encontrar la sociedad empresarial concursada (con mayor precisión, su patrimonio), y los efectos que ello comporta.
- d. Además, e igualmente, el ahorro de costes en publicidad no parece preocupar en demasía al legislador, ya que los admite como créditos contra la masa en el art. 84.2.2º LC³⁸².

³⁸² En el IV Congreso de Jueces especialistas de lo Mercantil se ha analizado la problemática, desde un punto de vista práctico, cual es la dificultad, en determinados procedimientos concursales, de comprometer recursos de la masa activa, que incluso, en ocasiones, pueden llegar a ser insuficientes para la publicación de

En definitiva, la publicidad “extraregstral” de la resolución judicial sobre la apertura de liquidación se llevaría a cabo mediante lo previsto en el art. 23 de la LC, en su versión original (art. 144 LC); esta remisión general, en el caso de cambio de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor a la suspensión de las mismas, parece que debería sustanciarse de igual forma que “se hubiera dado a la declaración de concurso” (art. 40.4 LC), es decir, anunciándola “en el BOE y en un diario de los de mayor difusión en la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, así como en uno de los de mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio” (art. 23.1.II LC). Cuando ya estuvieran suspendidas las facultades patrimoniales del deudor a la apertura de la liquidación, el apartado 4 del art. 23 – publicación edictal, al hacer referencia al párrafo 2º del apartado 1, art. 236 LOPJ, sobre las demás resoluciones judiciales, distintas a la declaración de concurso-, parecía dirigir la publicidad en el sentido dispuesto por el párrafo II del apartado 1 del mismo artículo, ya que en ambas disposiciones se preveía la publicidad “por medios telemáticos, informáticos y electrónicos”, e igualmente en ambas se apostillaba “en la forma que reglamentariamente se determine”.

R. Decreto 685/2005 de 10 de junio, reguló la publicidad de las resoluciones concursales a través de un portal en internet. Se trataba de establecer un sistema de publicidad judicial de los actos procesales, dictados en el ámbito de los procedimientos concursales (art. 23 LC), que no se extendiera a la publicidad registral, regulada en el art. 24 LC. En él se establecía el régimen de difusión y publicidad de las resoluciones concursales, meramente informativa, tanto de la declaración de concurso, como de aquellas otras resoluciones que se dictasen a lo largo del procedimiento. Según se

edictos en el BOE y en diarios de mayor difusión provincial. Su conclusión es que, pese a que la remisión genérica del art. 144 LC al art. 23 LC impide excluir la publicación del anuncio de apertura de la liquidación en esos medios, “podría entenderse que el art. 23 distingue entre publicidad común a toda resolución concursal que deba gozar de ella, en el art. 23.1 párrafo. 1º LC, donde se incluiría la apertura de la fase de liquidación, de una publicidad específica y exclusivamente destinada a la declaración de concurso, en el párrafo. 2º, el cual comienza señalando “no obstante lo anterior, para distinguir ese supuesto, declaración de concurso, de todos los demás, donde es suficiente la publicidad del párrafo. 1º del precepto”. Vid. IV Congreso de Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil, en Documentos, RcP, nº 9/2008, La Ley, pp. 406-407.

desprendía de la Exposición de Motivos “el registro de resoluciones concursales proporciona una parcial publicidad informativa legal que no supe la que suministran los registros de personas”, pero que “asegura, mediante una única plataforma técnico-informativa la transparencia informativa y la divulgación estadística más completa posibles de toda la información concursal relevante para el tráfico”. Esta publicidad se realizaría por medio de un portal de internet, bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia y sería gestionado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España (art. 2), al cual remitirían los Registradores Mercantiles del lugar del domicilio del concursado, los actos recogidos en el artículo 5º del R. Decreto, siendo el acceso al portal público, gratuito y permanente (art. 6)³⁸³.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de marzo 2007 (sobre recurso contencioso-administrativo núm. 76/2005) anuló parcialmente algunas disposiciones sobre publicidad de resoluciones concursales contenidas en el R. Decreto 685/2005, que modificaban el Reglamento del Registro Mercantil y, en particular, las referentes a la creación de un segundo portal en internet, para dar publicidad a las resoluciones recogidas en el art. 320 del RRM, en la redacción dada por el art. 10 del R. Decreto. Según el fallo del T.S., la voluntad del legislador no era crear otro registro público más, sino un sistema de publicidad tanto para las resoluciones concursales recogidas en el art. 198 LC (sobre concursados culpables y designación o inhabilitación de los administradores concursales), como para las previstas en el art. 320.1 del RRM (apertura del concurso y de la fase de liquidación, entre otras). Se rechaza la interpretación del art. 23 LC en el sentido de que en él se infiere la creación de un nuevo portal de publicidad, ajeno y distinto a lo que estrictamente se deriva de la publicación de las resoluciones judiciales y de la forma de llevar a cabo los actos de comunicación del proceso.³⁸⁴ Recogiendo el contenido de esta

³⁸³ Según PULGAR EZQUERRA, se perseguía, a través de un sistema de publicidad legal en internet, que no sustituye ni supe la publicidad de los distintos registros (en particular el Mercantil), la publicidad noticia, de carácter obligatorio, cualquiera que sea la naturaleza o forma jurídica del concursado, persona física o jurídica y sea o no inscribible en el Registro Mercantil. Vid. PULGAR EZQUERRA, J., *El concurso de acreedores. La declaración, o.c.*, pp. 785-786.

³⁸⁴ El T.S. fijaba la interpretación correcta que ha de darse a lo preceptuado en el art. 23 LC. En este art.-según se expresa en su Fundamento de Derecho Tercero- “no se regula la publicidad general o publicidad noticia, sino exclusivamente la publicidad judicial, es decir, la forma de publicación de las resoluciones dictadas en el procedimiento concursal y de efectuar los actos de comunicación para que produzcan efectos

Sentencia se aprobó el R. Decreto 158/2008, de 8 de febrero, reformando los preceptos derogados del R. Decreto 685/2005. En su articulado se recogía que el sistema de publicidad a través de Internet no sustituye a la publicidad registral. Además, entre otras disposiciones, añadía un apartado 3 al art. 422 del RRM, según el cual se publicarán en la sección de anuncios del BORME las notificaciones, comunicaciones y trámites a las que se refiere el art. 23. 1 LC.

Debemos indicar finalmente, respecto al art. 23 en su redacción original, que la remisión de los edictos a los medios de publicidad podía realizarse siguiendo la norma genérica establecida en el art. 23.4 LC y 236.1.II LOPJ o bien a través del procurador de la entidad solicitante de la liquidación. Cuando la solicitud de liquidación se hubiere llevado a cabo por una Administración pública o la apertura de la liquidación fuera de oficio será el Juzgado quien remitirá el edicto a los medios de publicidad (art. 23.3.II LC). Parece sin embargo dudoso, para algunos autores, que, en este supuesto, pueda aplicarse la regla especial de remisión a través del procurador del solicitante, como se ordena en el caso de la solicitud de concurso (art. 23.3.I LC)³⁸⁵.

3.2 Publicidad de la apertura de la liquidación según el art. 23 modificado³⁸⁶

Las dificultades de interpretación que se iban trasluciendo en la doctrina, en los Juzgados de instancia e, incluso, en los Tribunales de Apelación sobre la necesidad legal de publicar los autos que recogían la apertura de la fase de liquidación, bien mediante los medios habilitados para la declaración de concurso (publicidad denominada en diversas

en el mismo”, aclarando que del art. 23 no puede inferirse la creación de “un nuevo sistema de publicidad noticia, ajeno y distinto a la que estrictamente se deriva de la publicación de las resoluciones judiciales y de la forma de llevar a cabo actos de comunicación en el proceso”. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6), de 28 de marzo de 2007. Recurso contencioso-administrativo núm. 76/2005 (RJ 2007/2142), por la que se anulan los arts. 323. 1, 2 y 3 (sobre la no remisión al registrador mercantil central de los datos relativos a las resoluciones contenidas en el art 320); 324 del RRM (creación de un segundo portal en internet), en su redacción dada por el art. 10 del R. Decreto 685/2005, así como la sección segunda del art. 4.1. b) sobre el contenido del portal, referido a “liquidadores y apoderados inhabilitados; art. 9.1 b), segundo inciso; 9.3, Disposición Adicional Única, Transitoria Única y final segunda, en cuanto se refieren al segundo portal de internet.

³⁸⁵ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 426.

³⁸⁶ No cabe ya intitular a la publicidad recogida en este artículo de “extraregistral” o meramente informativa, al recoger, entre sus disposiciones, el Registro Público Registral.

resoluciones judiciales de cualificada, extraordinaria o específica), bien, en cambio, utilizando la publicidad común que para toda resolución concursal recogía el párrafo primero del art. 23.1 LC, trajo como consecuencia la publicación del R. Decreto 685/2005 que –como ya hemos analizado– trataba de regular la publicidad judicial de las resoluciones concursales, en el ámbito del art. 23, con un enfoque meramente informativo, que no se extendiera a la publicidad registral recogida en el art. 24. El instrumento habilitado fue un portal de internet, gestionado por el Colegio de Registradores al que remitían los Registradores mercantiles del lugar del domicilio del concursado las modificaciones, comunicaciones y trámites a que se refiere el art. 23, sobre los actos del concurso que se produjesen en las diversas fases del procedimiento.

El intento, como ya conocemos, no dio el resultado apetecido al anular el Tribunal Supremo el referido portal de internet, ya que la creación de un Registro Público nuevo no parecía ser la voluntad del legislador, sino más bien era la de configurar un sistema de publicidad de las resoluciones judiciales y de la forma de comunicar los actos del procedimiento.

Tal estado de indefinición ha cristalizado en la modificación operada sobre la publicidad informativa por el art. 6 apartado cinco del R.Decreto-ley 3/2009, en cuya formulación se diseña básicamente:

Primero.- La clarificación de la publicidad del auto de declaración del concurso, diferenciándola del resto de resoluciones concursales³⁸⁷ y

Segundo.- La creación de un Registro Público Concursal que da virtualidad legal al fallido portal de internet, elevándolo a la categoría de Registro y por tanto dotado de fe pública al igual que el resto de Registros Oficiales.

³⁸⁷ A la hora de introducir los criterios de diferenciación aludidos, considero debió pesar lo expuesto por los Jueces especialistas en materia mercantil, en su IV Congreso, cuando indicaban que, a pesar de que la remisión genérica del art. 144 LC al art. 23 LC impide excluir la publicación del anuncio de apertura de liquidación en el BOE y Diarios Provinciales, “podría entenderse que el art. 23 distingue entre “publicidad común” a toda resolución concursal que deba gozar de ella en el art. 23.1 párrafo 1º, donde se incluiría la apertura de la fase de liquidación, de una “publicidad específica” y exclusivamente destinada a la declaración de concurso en el párrafo segundo. Vid. Documentos RcP nº 9/2008, La Ley, pp. 406-407.

Respecto a la diferenciación habilitada para la publicidad de la declaración de concurso respecto a la del resto de resoluciones concursales debemos considerar si se ha clarificado de forma terminante cuál deba ser la publicidad aplicable a la resolución sobre apertura de la liquidación. En principio, el art. 144 continúa con su primitiva redacción, remitiéndose a la publicidad prevista en los arts. 23 y 24 de la ley concursal, dejando que sea el contenido del propio art. 23 –sin precisión alguna al respecto– el que habilite esa publicidad. Es decir, parece que se pretende que sea la publicidad genérica a toda resolución concursal –y no la específica de la declaración de concurso– la que se aplique a la apertura de la liquidación. Este criterio diferenciador hubiera quedado más diáfano si se hubiera utilizado en el art. 144 el mismo criterio que el habilitado en el nº 3 del art. 177 para la publicidad de la resolución firme que acuerda la conclusión del concurso, con una redacción similar a ésta: a la resolución judicial que declare la apertura de la fase de liquidación....se dará la publicidad prevista en los nn. 1, párrafo primero, y 5 del art. 23 y en el 24 de esta Ley. Pero no lo hace, quizá para dejar su publicación en el BOE³⁸⁸ –y otros medios de publicidad complementarios– a criterio del juez, en el caso que considere su inserción imprescindible para su efectiva difusión. Máxime si se tiene en cuenta que la publicidad que la norma impone a la declaración de concurso (art. 23.1.párrafo segundo) solamente se dispone en la Ley Concursal, de forma expresa, para la resolución firme de su conclusión.

No parece, en consecuencia, que la apertura de la liquidación deba significarse de la publicidad preceptuada para el resto de resoluciones como ocurre, entre otras, sobre la aprobación judicial del convenio anticipado (art. 109.2 párrafo segundo LC) o respecto a la convocatoria de la junta de acreedores (art. 111.2 LC); de la sentencia aprobatoria del convenio en junta o mediante tramitación escrita (art. 132 LC); publicidad del auto de

³⁸⁸ Ya no es necesaria la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso en su integridad. Bastará insertar los datos “indispensables” para identificar al concursado, incluyendo su NIF, el juzgado competente, el número de autos, plazo establecido para la comunicación de los créditos –un mes desde el siguiente a su publicación en el BOE (art. 21.1-5º LC)–, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal.

Tampoco se precisa ya su publicación en Diarios Provinciales, al eliminarse su obligatoriedad, aunque el juez pueda disponerlo como publicidad complementaria, si lo considera imprescindible.

cumplimiento del convenio (art. 139.2 LC); publicidad del auto de conclusión del concurso por cumplimiento del convenio (art. 141 LC) o en la reapertura del concurso (art. 179.2 LC). Para todas ellas se dispone su publicación conforme a lo previsto en los arts. 23 y 24 LC, al igual que ocurre con la publicidad de la apertura de la liquidación (art. 144 LC).

La posible argumentación a favor de la publicidad extraordinaria para la apertura de la liquidación en base a la imprescindible difusión de uno de sus efectos de mayor trascendencia, cual es la suspensión en el ejercicio de las facultades de administración y disposición del concursado, cuando la situación anterior fuese la de intervención por la administración concursal, y que parecía una razón sólida para su aceptación, ha quedado destruida, al eliminarse del art. 40.4 párrafo segundo LC, en su nueva redacción, la alusión a la publicidad “que se hubiera dado a la declaración de concurso”, sometiéndose el régimen de publicidad de la modificación de facultades a los arts. 23 y 24 LC, es decir, al igual que se dispone para el resto de resoluciones.

Hay, sin embargo, una publicidad extraordinaria si no estuviera acordada con anterioridad: la disolución de la persona jurídica; en el art. 263 C.Co. se indica expresamente que la resolución judicial que la acuerde se publicará en el BORME y en un diario de los de mayor circulación en el lugar del domicilio social., además de inscribirla en el Registro Mercantil. Pero entendemos que esta disposición no quiebra la norma general sobre publicidad de la apertura de liquidación, sino que excepciona una determinada publicidad sólo si la disolución se deriva de la propia apertura de la fase liquidatoria y no cuando se hubiera acordado con anterioridad (antes de la declaración de concurso o, incluso durante la fase común); publicidad, en todo caso, no equiparable a la recogida en el párrafo II del art. 23.1 LC modificado) y que encaja en el apartado 2 del art. 23 LC.

Por lo expuesto, concluimos que, mediante la modificación efectuada en el art. 23, la publicidad de la apertura de la liquidación se realizará “preferentemente” –calificación introducida por el R.Decreto-ley- (art. 23.1.párrafo 1º LC) por medios telemáticos,

informáticos y electrónicos, lo cual no excluye el empleo de medios tradicionales –correo, telegrama.... (art.152.1.2º LEC)- o cualquier otra publicidad complementaria (art. 23 2 LC) -incluyendo incluso el BOE- siempre que el juez la considere “imprescindible” para su efectiva difusión. Es importante el cambio del calificativo, sobre esta publicidad añadida: se sustituye la consideración judicial de “oportuna” por la de imprescindible. No se trata de sumar publicidades que vayan a suponer un mayor coste, sin que se asegure la eficacia de su correcta difusión; la publicidad agregada no va a responder a un criterio cuantitativo, sino cualitativo: solamente se mandará por el juez cuando, de otra manera, no estuviera asegurada su efectiva difusión a todas las partes actual o potencialmente interesadas en el concurso y, en especial, -por lo que a su apertura respecta- en su liquidación.

Pero además, la apertura de la liquidación deberá insertarse, al igual que el resto de resoluciones concursales que deban ser objeto de publicidad (también la declaración de concurso), en el nuevo Registro Público Concursal (art. 23. 5 LC)³⁸⁹; resoluciones que, si fueran publicadas por vía edictal, lo serán también en el tablón de anuncios del juzgado (art. 23.4 LC). El traslado de los oficios con los edictos tiene como vía preferente la telemática; se efectuará por el juzgado a los medios de publicidad que corresponda y, en particular, al Registro Público Concursal (al igual que se dispone para la inscripción en los Registros de Personas y Bienes de la declaración del concurso, la intervención o suspensión de facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de administradores concursales. Art. 24 LC). Su entrega al procurador del solicitante del concurso queda ahora como una solución subsidiaria, para el caso de resultar imposible el traslado de los oficios directamente por el juzgado.

De esta manera, a partir de la inscripción registral -el Registro es accesible a través de internet de forma gratuita-, nadie podrá invocar desconocimiento de la apertura de la liquidación y de los efectos que comporta, en particular de la suspensión, en su caso, del

³⁸⁹ En este Registro se deberán publicar igualmente, y de forma expresa, las resoluciones que declaren concursados culpables y acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales, así como aquéllas que sean inscribibles en el Registro Mercantil (art. 198 LC).

ejercicio de las facultades del concursado³⁹⁰ y su asunción por los administradores concursales, de la continuidad de los efectos que sobre los acreedores se establecieron al declararse el concurso, además del vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de los no monetarios.

3.3 Publicidad en registros no concursales de la apertura de liquidación según el art. 24 modificado

La suspensión de facultades de administración y disposición, que implica abrir la fase de liquidación, si con anterioridad no se hubiera acordado, así como el cese de los administradores de la entidad jurídica concursada y su sustitución por la administración concursal (mediante su reposición o nuevo nombramiento, arts. 24. 2 y 145.1 y 3 LC) así como la disolución de la sociedad concursada si estuviere contenida en la resolución judicial de apertura deben inscribirse en el Registro Mercantil³⁹¹ si la entidad concursada fuera sujeto inscribible en el mismo³⁹², preferentemente por medios telemáticos, como se dispone en la modificación efectuada en el art. 24.2 por el R.Decreto-ley 3/2009 (art. 6, apartado seis).

³⁹⁰ Esta inscripción registral es de suma importancia para el conocimiento indubitado de todos aquellos que se vinieran relacionando con la empresa concursada o que en el futuro pudieran hacerlo. No podrán alegar ya ignorancia de quien ostenta el ejercicio de las facultades de disposición y administración de la entidad concursada, en vía de liquidación.

³⁹¹ Para SÁNCHEZ ARISTI la suspensión de facultades no es preciso inscribirla de nuevo, en caso de apertura de liquidación si anteriormente ya se hubiera adoptado judicialmente y constase -caso de personas jurídicas- en el Registro Mercantil. SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase de liquidación”, cit., pp. 1555-1556.

³⁹² En el art. 10 del R.Decreto 685/2005 de 10 de julio, se dispone la reforma del RRM en materia de publicidad registral de las resoluciones concursales. En concreto, el art. 320 del RRM sobre inscripción del concurso, en su nueva redacción, incluye, en la hoja abierta a cada empresario (individual, sociedad o entidad inscribible) la inscripción, entre otros aspectos, de:

“c) el auto de apertura de la fase de liquidación, el auto de aprobación del plan de liquidación...”

f) cuantas resoluciones dicte el juez del concurso en materia de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integran la masa activa”. A su vez el art. 321, dispone, sobre el título de inscripción, que: “1. Los asientos a que se refiere el artículo anterior se practicarán en virtud de mandamiento judicial, en el que se expresará necesariamente si la resolución correspondiente es o no firme. En tanto no sea firme, será objeto de anotación preventiva. 2. Si la resolución contuviera algún pronunciamiento en materia de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integran la masa activa, el mandamiento deberá identificar los bienes y derechos inscritos en registros públicos si los datos obrasen en las actuaciones”.

El legislador aporta el criterio para la publicidad del auto o sentencia de apertura, caso de sociedades no inscritas –aunque inscribibles- en ese Registro, cuya inscripción ya se ha ordenado previamente a la declaración de concurso³⁹³.

Además de la inscripción de la apertura de liquidación de la sociedad empresarial concursada en el Registro Mercantil, si dicha sociedad tuviera bienes o derechos inscritos en Registros Públicos, deberá anotarse también en los correspondientes Registros de bienes, anotación que será preventiva hasta tanto no sea firme la resolución que abre la fase liquidatoria.

Su inscripción producirá efecto de cierre registral respecto a eventuales embargos o secuestros posteriores, a salvo de lo que acuerde el Juez, según lo dispuesto en el apartado 1 del art. 55 LC. Se inscribirán en el folio correspondiente al Registro de cada bien, la suspensión de facultades, si con anterioridad no se hubiere practicado³⁹⁴, así como el nombramiento –o la reposición en el ejercicio de su cargo (si la fase de liquidación sigue a un convenio)-, de administradores concursales, con el cese de administradores o liquidadores de la entidad jurídica concursada

³⁹³ En su lugar, expusimos el tratamiento del concurso de las sociedades irregulares, nulas o en situación especial. El art. 322.3. del RRM, en su nueva redacción, da la pauta, que recoge el art. 24. 2 LC. Esas sociedades habrán sido inscritas, una vez que haya sido declarado el concurso de acreedores, en base a la escritura de constitución que hubiera sido otorgada. Si no existiese escritura de constitución de la sociedad, la inscripción se practicará en virtud de mandamiento judicial, en el que debe constar, como mínimo, su denominación, el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios, de los que tenga constancia el juez.

³⁹⁴ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., “La liquidación”, cit., pp. 1555-1556. BELTRÁN opina, por el contrario, que deberá inscribirse nuevamente la suspensión de facultades, aunque continúe la situación de suspensión. BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 427. A nuestro juicio, nada aporta la nueva inscripción, ya que las facultades siguen en manos de la administración concursal. Otra cosa sería si el juez hubiera acordado el cambio de la situación de suspensión de las facultades del concursado a la de intervención (art. 40.3 LC), si bien esa modificación ya se hubiera anotado en los Registros de bienes.

3.3.1 Remisión de los mandamientos judiciales para la práctica de los asientos en los Registros de Bienes

En la redacción anterior del art. 24.5.I LC, cuando la liquidación se hubiera abierto a instancia de parte, el juez acordaba expedir y entregar al procurador del solicitante³⁹⁵ los mandamientos necesarios para practicar los asientos registrales; anotaciones que serán preventivas hasta tanto no adquiriera firmeza la resolución de apertura. Sin embargo, si fuera la Administración pública la solicitante o se abriese de oficio la liquidación, será el Juzgado quién lleve a cabo directamente la inscripción en los registros que correspondan (art. 24. 5. II LC).

En la nueva redacción del art. 323, apartados 4 y 5 RRM, dada por el art. 10 del R. Decreto 685/2005 – no anulados por la STS de 28 de marzo de 2007, anteriormente analizada- se disponía, en el apartado 4, que” si los datos relativos a los bienes que obraran en las actuaciones y en el mandamiento fueran suficientes, el mismo día en que se hubiera practicado el correspondiente asiento, los registradores mercantiles remitirán una certificación del contenido de la resolución dictada por el juez del concurso, al Registro de la Propiedad, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro registro público de bienes competente”³⁹⁶.

³⁹⁵ El legislador no distinguía entre publicidad edictal y registral, en lo referente a la entrega de edictos o mandamientos judiciales. En ambos casos era el procurador del solicitante su receptor y encargado de su publicidad (arts. 23.3 y 24.5 LC). La aplicación de estos artículos –según BELTRÁN- por lo que se refiere a la apertura de la liquidación, se consideraba adecuada en lo referente a su entrega al procurador para la práctica de los asientos registrales, considerándola, sin embargo, dudosa, su aplicación para la publicidad edictal. BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., pp. 426-427.

La modificación llevada a cabo por el R.Decreto-ley 3/2009 en los arts. 23.3 y 24. 5 LC sigue unificando el traslado de los oficios, tanto en la publicidad edictal como registral, aunque variando la prelación y el medio elegido: será el juzgado, por vía preferentemente electrónica, el encargado de realizarlo y, excepcionalmente, el procurador del solicitante del concurso.

³⁹⁶ En el apartado 5 del mencionado artículo del RRM se disponía que “la comunicación a los registros públicos de bienes será telemática y estará autorizada por la firma electrónica del registrador mercantil o, si no fuera posible se realizará mediante correo certificado urgente, con acuse de recibo. Esta certificación será título bastante para practicar los correspondientes asientos”.

Comparando el contenido de este apartado (art. 323 RRM) con el nº 5 del art. 24 LC, en su redacción anterior³⁹⁷, parecía haber una disonancia entre quien debía entregar a los distintos registros de bienes el mandamiento del juez para su inscripción, ya que en el art. 24.5 LC era “el procurador del solicitante del concurso” (o el propio juzgado, si el solicitante fuera una Administración Pública) el encargado de practicar los asientos registrales, mientras que a tenor de la literalidad del art. 323. 4 RRM serían los “registradores mercantiles” quienes remitiesen una certificación del mandamiento judicial a los distintos registros de bienes; con la peculiaridad, además, de referirse ambas normas al mismo contenido material: las resoluciones judiciales que afectan a los bienes y derechos que integran la masa activa, que constan inscritos en los registros públicos de bienes.

Aunque podía considerarse que el medio habilitado en el RRM para la remisión del mandamiento judicial a los registros de bienes era más adecuado (por rapidez, ahorro de coste, disminución de carga de trabajo al juez...) no parecía que pudiera ser de aplicación el precepto regulado por el R. Decreto, ya que lo impedía la prelación normativa, al estar sancionado por Ley el apdo. 5 del art. 24 LC. Por ello, en la nueva redacción de este apdo.5 –recogida en el art. 6 apartado seis R.D-Ley 3/2009- se dispone que “el traslado de los oficios con los edictos se realizará preferentemente por vía telemática desde el juzgado a los registros correspondientes. Excepcionalmente, y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, con los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo”. Termina así la dicotomía que parecía existir sobre la figura del habilitado para el traslado de los oficios –procurador, registradores mercantiles-. Será el juzgado –tanto si el solicitante del concurso es o no Administración Pública-, preferentemente por vía telemática, y no los registradores mercantiles, quien traslade los oficios a los Registros de Bienes y si ello, no fuera posible, la práctica de los asientos registrales que afecten a los bienes y derechos inscritos a nombre de la entidad concursada, será efectuada por el procurador de la misma, quedando automáticamente

³⁹⁷ “El juez, según el art. 24.5 LC, acordará expedir y entregar al procurador del solicitante del concurso los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo”.

derogados los apartados 4 y 5 del RRM, de acuerdo con la Disposición derogatoria única del R.Decreto-ley 3/2009³⁹⁸.

V. EFECTOS DE LA APERTURA DE LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL DE LA EMPRESA

V.1 La suspensión del ejercicio de facultades sobre el patrimonio de la sociedad concursada³⁹⁹

Fuera cual fuese la situación de las facultades en la sociedad concursada durante la fase común o las específicas facultades acordadas en un posible convenio, la fase de liquidación convierte la situación de la concursada en suspensión del ejercicio de las facultades patrimoniales, transformando la intervención en suspensión o sancionando su continuidad, si a la apertura de la liquidación era esa la situación de las facultades de la entidad concursada. Esta, al no ser ya posible alcanzar un acuerdo mediante convenio⁴⁰⁰, que le permita total o condicionadamente utilizar sus facultades patrimoniales en la continuación de su actividad, debe dejar paso en el uso de sus facultades al órgano de liquidación, cuyo cometido primordial es procurar la liquidación del activo de la sociedad empresarial de capital concursada, para repartirlo entre los acreedores concursales, según el orden de prelación legalmente establecido.

³⁹⁸ El traslado del oficio a los registros que corresponda se hará sin embargo, por el secretario judicial, cuando el solicitante del concurso sea una Administración pública (art. 24.5.párrafo 2º LC). (modificación dispuesta por el art. 17.1 de la Ley 13/2009, en vigor desde el 4 de mayo de 2010).

³⁹⁹ Aunque la LC se refiere a los efectos patrimoniales de la apertura liquidativa, no hay que olvidar las consecuencias personales para los administradores y liquidadores que comporta. La Disposición Adicional primera, reglas 1ª y 2ª, mantiene en vigor todas las referencias a la quiebra y concurso de acreedores de la legislación anterior, que por no modificadas, resultarán aplicables a los concursos anteriormente vigentes. Además, en su regla 3ª se expresa que las declaraciones de incapacidad y prohibiciones establecidas en preceptos legales no modificados por la LC, se entienden también referidas a personas sometidas a concurso, en el que se haya abierto la fase de liquidación. De todas formas, las normas anteriores sobre incapacidad o inhabilitación del quebrado y/o concursado para ejercitar el comercio y administrar bienes ajenos o ser representante, resultan modificadas, al vincular la LC (Disposición final segunda, modificando el apartado 2º del art. 13 del CCom. y Disp. Final vigésima, modificando el art. 124 LSA, actualmente derogado por el art. 213 LSC) la inhabilitación a la calificación del concurso como culpable (arts. 172.2 y 178.1 LC).

⁴⁰⁰ Recordamos que una vez aprobada la fase de liquidación no cabe legalmente ya abrir una fase de convenio. Incluso, en la apertura de la fase de liquidación mediante propuesta anticipada, quedarán sin efecto aquellas propuestas de convenio admitidas a trámite. (art. 142 bis. 2 LC). La liquidación continuará su realización hasta alcanzar la conclusión del concurso.

Durante la fase común, aunque en el concurso voluntario los administradores de la entidad deudora conservan sus facultades patrimoniales con la intervención de la administración concursal, suspendiéndose su ejercicio en el concurso necesario (art. 40. 1 y 2 LC), el juez puede cambiar ambas situaciones, modificando las facultades de administración y disposición del patrimonio sometido a concurso, dándole la publicidad contemplada en los arts. 23 y 24 (art. 40. 4 LC modificado).

Si los administradores de la sociedad concursada estuvieran a la apertura de la liquidación –aún en concurso necesario- utilizando las facultades patrimoniales, el auto de apertura -juntamente con la intervención de la administración concursal-, recogerá la suspensión en el ejercicio de esas facultades, suspensión que durará mientras se sustancie la liquidación y que tan solo será eventualmente recuperada en caso de conclusión del concurso por el pago o consignación de la totalidad de los créditos reconocidos. Si la sociedad concursada se encontrase en suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales en el momento de la apertura, continuará en tal estado, sin que sea posible ya modificar su situación, es decir sin posibilidad de convertir la suspensión en intervención⁴⁰¹.

La LC acota con precisión cual sea el marco legal de las competencias suspendidas.

- a. En primer lugar debemos indicar que no se suspenden las facultades de la sociedad concursada, sino su ejercicio. Así pues, las facultades de administración y disposición continúan en vigor; no se derogan; su virtualidad se conserva. Es su ejercicio el que se ve suspendido⁴⁰². Las limitaciones tienen carácter instrumental, para facilitar la máxima satisfacción de los acreedores.

⁴⁰¹ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 435.

⁴⁰² El deudor no se ve privado de la titularidad de sus facultades de administración y disposición. Sólo se ve afectado su ejercicio DÍAZ MORENO, A., “Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor. En particular los supuestos de deudores personas jurídicas”, en QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO A., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JA., (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Tecnon Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 230.

- b. No todas las facultades de la sociedad concursada se suspenden en su ejercicio, sino tan solo las que atañen a su patrimonio. Así pues conserva el ejercicio de las facultades que legalmente le competen, tanto en la esfera personal como en la patrimonial (bienes y derechos no integrados en la masa activa)⁴⁰³ y sobre todo en el ámbito procesal, ya que la sociedad concursada seguirá actuando en el procedimiento concursal (art. 184.1 LC), podrá, con determinadas condiciones, ejercitar acciones (art. 54.1 LC), incluso personarse en juicios promovidos por la administración concursal (art. 54.3 LC)⁴⁰⁴.
- c. En la liquidación concursal la sociedad concursada y la administración concursal no tienen, en ocasiones, identidad de funciones. En estos casos, la suspensión se limita a las facultades encomendadas legalmente a la administración concursal. Piénsese, por ejemplo, en la apelación contra la declaración de concurso interpuesta por la sociedad concursada o la representación y defensa, por medio de procurador y abogado, en los procedimientos judiciales en trámite (art. 51.2.II LC). O, incluso, caso de fusión o escisión de la persona jurídica concursada, como consecuencia de actuaciones enmarcadas en el plan de liquidación (art. 148 LC).
- d. Con la conclusión del concurso cesan las limitaciones legales o convencionales (art. 178.1 LC) a las facultades de administración y disposición de la sociedad concursada.

Alcance y efectos de la suspensión del ejercicio de facultades a la sociedad concursada

La suspensión del ejercicio en las facultades alcanza de manera principal a la disposición sobre el patrimonio, circunscrita a los bienes, derechos y obligaciones integrados en el concurso⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Hay bienes que no se integran en la masa activa (art. 76 LC) en los que no se produce la suspensión. BELTRÁN, E., “Apertura de la liquidación”, cit., p. 2330.

⁴⁰⁴ DÍAZ MORENO, A., “Efectos...”, cit., pp. 230-231.

⁴⁰⁵ Vid. arts. 40.1, 2 y 5; 44. 3; 51. 2; 54. 1; 145. 1 y 178. 1 LC. El convenio puede también limitar o prohibir el ejercicio de las facultades de disposición de la deudora (art. 137. 1 LC). Por otra parte, la precisión del punto 6 del art. 40 consideramos se refiere más a las personas físicas que a las jurídicas.

La infracción de la limitación de disposición por actos de la sociedad concursada, al no suponer su nulidad de pleno derecho, se les concede por ley una eficacia temporalmente limitada (art. 40. 7 LC)⁴⁰⁶. Son actos inicialmente válidos, “siempre que la administración concursal los convalide o confirme o, incluso, deje caducar el requerimiento hecho por cualquier acreedor para que ejercite la acción de anulación”⁴⁰⁷.

La LC opta por la anulabilidad de los actos de la sociedad concursada –en contra del criterio de nulidad de pleno derecho, vigente en la legislación anterior- cuando contravengan lo dispuesto, al ejercitar las facultades suspendidas. El legislador deja en manos de la administración concursal –por sí o a requerimiento de los acreedores- el inicio de la actuación invalidante, o la confirmación o convalidación del acto.

Si la administración concursal, por sí o a instancia de parte, solicitase del juez su anulación y así se estimase en resolución firme, el acto inicialmente válido, deviene nulo. La confirmación o convalidación por la administración concursal, la desestimación judicial de la acción de anulación interpuesta y la caducidad acreditada de la misma, pasado un mes del requerimiento sin haberse tramitado, da plena validez al acto infractor, pudiendo inscribirse en Registros Públicos.

La intención del legislador parece ser la de posibilitar la plena validez de aquellos actos transgresores de la suspensión de facultades, que, sin embargo, benefician a los acreedores. Esta formulación implica, tanto a la administración concursal como a los acreedores, estar al tanto constantemente de la actuación extralimitadora de la concursada, para ejercitar, en su caso, la acción de nulidad, directamente por la administración

⁴⁰⁶ En la legislación anterior, declarada la quiebra, se producía la inhabilitación del quebrado para administrar sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración, posteriores a la declaración de la quiebra o al momento en que se retrotrajesen sus efectos, eran nulos. Esta nulidad tenía carácter absoluto, incluso si los actos se hubieran hecho a favor de acreedores (art. 878 CCo. derogado). SÁNCHEZ ARISTI, R., “La liquidación...”, cit., pp. 1558-1560. La inhabilitación tiene ahora un carácter excepcional, sólo aplicable en caso de calificación culpable del concurso (art. 172.2.2º LC).

⁴⁰⁷ Entre los regímenes típicos de ineficacia (nulidad, anulabilidad, rescisión) el más parecido al contexto del art. 40.7 LC es la anulabilidad. La ineficacia no opera automáticamente; se prevé la extinción de la acción por caducidad y sobre todo se restringe la legitimación para ejercer la acción de anulación. DÍAZ MORENO, A., “Efectos...”, cit., p. 240.

concursal, como a través del requerimiento a dicho órgano hecho por los acreedores. Quizá hubiera sido más operativo y de mayor seguridad declarar actos nulos de pleno derecho a los infractores de la limitación de facultades de disposición, salvo que se acredite un beneficio para los acreedores como consecuencia de la actuación.

Por otra parte, dejar la legitimación de la interposición de la acción exclusivamente en manos de la administración concursal, sin otra posibilidad para los acreedores que el requerimiento a ese órgano para su ejercicio (con caducidad de un mes si la administración concursal no la ejercitase), puede llevar a indefensión, en casos de error en la apreciación del acto por el órgano concursal, con evidente perjuicio para la masa pasiva.

La suspensión, en fase de liquidación, que alcanza a la sociedad concursada en lo concerniente al ejercicio de las facultades patrimoniales, no significa la paralización de su actuación en el concurso. Antes al contrario, el legislador ha dispuesto que intervenga en determinados aspectos, recogidos –sin carácter exhaustivo- en el Título III: en particular los incluidos en su Capítulo I, como la colaboración e información al juez y a la administración concursal (art. 42 LC), en la conservación del activo (art. 43 LC) o su intervención en el cierre, en todo o en parte, de los establecimientos de los que fuera titular la sociedad concursada o en la suspensión de su actividad empresarial (art. 44 LC).

V.2 Reposición o nombramiento de administradores concursales

Cuando la apertura de la fase de liquidación sea consecuencia de una solicitud o propuesta anticipada de la sociedad concursada; se hubiera producido por inexistencia de propuestas de convenio o no aprobación en junta de acreedores de las presentadas o bien por cualquiera de los restantes casos en que la apertura fuera de oficio, la administración concursal continúa en su cargo, ejercitando las funciones que la ley le confiere.

Sin embargo, ante la sentencia firme de aprobación del convenio, los administradores concursales cesan en su cargo (art. 133. 2. LC), rinden cuentas de su actuación (art. 38. 4

LC) y terminan su relación con el concurso, a salvo de las funciones que en el propio convenio se les pudieran encomendar (art. 133. 2. II LC).

La apertura de la liquidación exige la presencia de la administración concursal, pieza indispensable del procedimiento judicial, también en esta fase. Aunque la ley deja a elección del juez la reposición en el cargo de los que actuaron en la fase anterior a la aprobación del convenio o el nombramiento de otros nuevos (art. 145. 1. II LC), lo normal será la continuación en el cargo de los que ya lo ejercieron, siempre que su actuación, ausencia de incompatibilidades o número de concursos para los que fueron designados por el mismo Juzgado dentro de los dos años anteriores, favorezcan su reposición⁴⁰⁸.

El conocimiento de lo actuado en el concurso de la sociedad concursada, de la masa activa y pasiva y de las circunstancias en las que se ha desenvuelto el concurso, sin desdeñar el ahorro del tiempo que supone tal conocimiento, parece favorecer la reposición de los administradores concursales. De todas formas, y como una de las funciones fundamentales del juez es actuar en interés del concurso, será él finalmente quién opte por la renovación total o parcial del órgano concursal o el nombramiento *ex novo* de todos o alguno de sus integrantes.

V.3 La disolución de la sociedad de capital

La declaración de concurso de una sociedad de capital no comporta, en sí misma, su disolución, ni la remoción de sus cargos, ya que si se acordase un convenio, finalizando el concurso mediante su total cumplimiento, la persona jurídica empresarial continuaría su trayectoria mercantil, sin que el procedimiento hubiera afectado a su personalidad jurídica.

Sin embargo la apertura de la fase de liquidación produce automáticamente la disolución de la persona jurídica, si no estuviera ya previamente acordada (art. 145.3

⁴⁰⁸ BELTRÁN, E., “La liquidación, art. cit., p. 437. Habrá incompatibilidad sobrevenida en alguno de los administradores concursales, si -durante la vigencia del convenio- hubiera prestado servicios profesionales a la sociedad concursada.

LC)⁴⁰⁹. La disolución de una sociedad de capital de carácter empresarial puede haberse producido con anterioridad a la declaración de concurso, durante la fase común del mismo o, incluso, en la fase de convenio⁴¹⁰. En tal caso, no será necesario ulterior pronunciamiento sobre la disolución. Los liquidadores, que habrán asumido las funciones de los administradores, serán sustituidos por el órgano de administración concursal.

La liquidación concursal no deberá seguir las pautas ordinarias de la liquidación de una sociedad, sino las propias de la legislación concursal. Las diferencias entre ambas son sustanciales⁴¹¹:

⁴⁰⁹ Vid también Disp. Final Segunda, apartado 3, para las Compañías mercantiles (art. 221 CCo.); art. 361 LSC para Sociedades de Capital ; Vigésima tercera, apartado 2, para Sociedades de Garantía Recíproca (art. 59, 3 LSGR), Vigésima quinta, apartado 1, para Agrupaciones de Interés Económico (art. 18. 1. 3º y 18.2 AIE) y art. 361 LSC para las Sociedades de Capital (deroga los arts. 260.2 LSA y 104.2 LSRL).

⁴¹⁰ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 439. La disolución puede producirse tanto por acuerdo de la Junta de socios como de pleno derecho (por cumplimiento del término fijado en Estatutos, art.360.1 LSC, que deroga el art. 261 LSA o por decisión judicial). Según este autor, la liquidación concursal no precisa necesariamente la disolución de la persona jurídica; en casos excepcionales sería posible la satisfacción de todos los créditos y la continuación de su actividad.

⁴¹¹ SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase de liquidación”, cit., pp. 1564-1566.

Liquidación societaria

Por lo general es voluntaria, siendo gestionada por órganos liquidadores nombrados ordinariamente por la propia sociedad

La liquidación es de la sociedad y atiende al interés de los socios.

No presupone ordinariamente insuficiencia patrimonial.

Su misión es fijar el patrimonio neto para distribuirlo entre los socios.

Su liquidación conduce a la extinción de la sociedad.

Liquidación concursal

Su apertura se efectúa por resolución judicial gestionada por administradores concursales nombrados por el juez

Ésta no se dirige a liquidar la sociedad, sino su patrimonio.

Presupone la declaración de concurso por insolvencia, bien por iliquidez o por desbalance.

Su finalidad es transformar los bienes en numerario y atender al pago de los créditos concursales

No afecta al eventual patrimonio restante ni conduce a la extinción de la entidad, salvo cuando se comprueba la inexistencia de bienes y derechos con que satisfacer a los acreedores.

En las Compañías mercantiles, con anterioridad a la LC (art. 221.3º CCom., hoy derogado), la quiebra determinaba su disolución, aunque se interpretaba la necesidad de un acuerdo societario para que la disolución se produjera ipso iure. La posibilidad de convenios de continuación en las sociedades de capital (art. 928 CCom. derogado actualmente) que no se hallasen en liquidación, se consideraba demostrativo de la ausencia de automatismo de un efecto solutorio en la declaración de la quiebra⁴¹².

Las Disposiciones Finales vigésima apartado 4 y vigésima primera, apartado 3, modifican los arts. 260.2 LSA y 104.2 LSRL –actualmente derogados por el art. 361 LSC–, concordantes con el criterio legal expuesto en el art. 145.3 LC: con la apertura de la fase

⁴¹² SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase de liquidación”, cit., pp. 1564-1566.

de liquidación “la sociedad quedará automáticamente disuelta”. No habrá nombramiento de liquidadores societarios. Esa función la va a desempeñar la administración concursal⁴¹³.

El automatismo expresado en la disposición legal, implica no una disolución judicial, sino una disolución de pleno derecho, que el juez declara en la resolución de apertura de la liquidación. Esta “contendrá” la declaración de disolución. Aunque el juez no la incorporase por error en la resolución, la sociedad quedaría automáticamente disuelta. La publicidad debida a la apertura de la liquidación (art. 144 LC), se aplicará igualmente a la declaración de disolución⁴¹⁴, incorporando además, de acuerdo con el art. 369 LSC (que deroga el art. 263 LSA), la publicación de la resolución judicial de disolución “en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación del domicilio social”.

V.4 Límites al cese de los administradores o liquidadores en las sociedades de capital como consecuencia de la apertura de la liquidación. Representación procesal de la sociedad concursada en fase de liquidación

El cese de los administradores o liquidadores societarios es un efecto de pleno derecho de la apertura de la fase de liquidación en las sociedades de capital, que implica la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición, establecida en el art. 145. 1 LC, para el caso que las estuvieran ejercitando plenamente –en caso de vigencia de un convenio- o bien mediante intervención –durante la fase común del concurso- o, finalmente, la perdurabilidad en el estado de suspensión, si lo estuvieran al declararse la apertura. En el mismo art. 145 LC, en su número 3, se dispone su sustitución por la administración concursal “de conformidad con lo establecido en esta ley”.

⁴¹³ En el caso excepcional de patrimonio excedente en la liquidación concursal, por haberse atendido todos los créditos concursales y concluido el concurso (art. 176.1.3º LC), los administradores societarios recuperan las funciones en las que habían sido sustituidos por la administración concursal. La Junta de socios determinará si deja sin vigencia la disolución de la sociedad, recuperando su actividad, o bien acuerda la liquidación societaria, con el nombramiento de liquidadores, hasta su total extinción. Vid. BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 439.

⁴¹⁴ Ver Publicidad, en el Capítulo IV. 3: Apertura de la fase de liquidación de la empresa.

El cese de los órganos societarios tiene como primera finalidad proceder a la liquidación concursal⁴¹⁵, aunque es posible también cesar a esos órganos sin que la sociedad se liquide, como ocurre con su inhabilitación, consecuencia de la calificación culpable del concurso (art. 173 LC) en el caso de formación de la sección de calificación mediante la aprobación de un convenio (art. 163.1 LC) con una quita –superior a un tercio del importe de los créditos de todos o parte de los acreedores- o una espera –superior a tres años-, cuantía y plazo inferiores a los que la ley prevé como máximo para esas proposiciones respecto a los créditos ordinarios en la propuesta de convenio (art. 100. 1. I LC).

La interpretación literal del cese de administradores o liquidadores como sustitución total del órgano de administración y representación de la persona jurídica por la administración concursal se contradice con las actuaciones que la propia LC impone o faculta a la concursada, así como con la posible inconstitucionalidad por indefensión⁴¹⁶, si fuera correcta la interpretación del cese como completa sustitución de los administradores o liquidadores societarios. Es cierto que en el art. 48.1 LC se declara el mantenimiento de los órganos de la persona jurídica deudora, “salvo” cuando se declare su cese, como consecuencia de la apertura de la liquidación. Sin embargo, el propio art. 145.3 LC

⁴¹⁵ DÍAZ MORENO, A., “Efectos...”, cit., pp. 248-249. Cuando la sociedad concursada pase a la fase de liquidación, cesarán los administradores sin que se nombren liquidadores societarios. BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 440. Recoge los preceptos societarios, modificados por la LC, en los que se expresa la precedente afirmación.

⁴¹⁶ Así lo interpretan BELTRÁN Y MARTÍNEZ FLOREZ. Para estos autores con la expresión cese de administradores en todo caso parece perseguir “la sustitución total del órgano de administración y representación de la persona jurídica por la administración concursal. Se trata de una sustitución completa. La persona jurídica dejaría de tener órgano de administración y representación, ya que sólo procedería realizar las operaciones de liquidación del concurso. La interpretación literal de la LC (arts. 48. 1 y 145.3 LC) conduce a unas conclusiones que no pueden sostenerse so pena de indefensión (art. 24 CE). La persona jurídica tiene que continuar teniendo representantes y éstos no pueden ser siempre los administradores concursales” ya que habrá procedimientos en los que la persona jurídica sea parte y defienda intereses distintos a los de la administración concursal, que son los de la masa, concluyendo que el cese debe ser interpretado con un alcance limitado a la liquidación. Vid. BELTRÁN, E.,- MARTÍNEZ FLOREZ, A., “La sustitución del órgano de administración y representación de la persona jurídica por la Administración concursal”, en ROJO, A-BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, pp. 2345-2346. SÁNCHEZ ARISTI, desde la óptica de protección de la masa pasiva concursal, indica que “la medida está concebida y fundamentalmente orientada a lograr la intangibilidad del patrimonio del deudor. La Ley acoge un sistema de nulidad relativa respecto de los actos que el deudor pudiese llegar a realizar, infringiendo las limitaciones establecidas a sus facultades de administración y disposición (art. 40.7 LC)”. SÁNCHEZ ARISTI, R., “Cese de los Administradores”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario a la Ley Concursal*”, pp. 1560-1561.

impone su cese... “para proceder de conformidad con lo establecido en la ley”. Y la ley no sólo permite a la sociedad empresarial concursada defenderse en procedimientos judiciales, en los que ésta sea parte, con intereses contrapuestos a los que pueda tener la administración concursal⁴¹⁷, sino también formular observaciones o propuestas de modificación al plan de liquidación concursal (art. 148.2 LC) o incluso presentar propuestas de extinción o suspensión colectiva de los contratos de trabajo (art. 64. 2 LC), también en la fase de liquidación (art. 148.4 LC). Todo ello lleva a pensar que el cese de los órganos de representación de la concursada societaria en liquidación no es total, sino que está orientado a dotar de facultades a la administración concursal para llevar a término la liquidación patrimonial de la sociedad empresarial de capital concursada.⁴¹⁸

En consecuencia, la limitación de facultades de administración y disposición de la sociedad concursada cesa –salvo las contenidas en la sentencia firme de calificación– con la conclusión del concurso (art. 178.1 LC)⁴¹⁹. Si después de atender al pago de todos los acreedores quedare un remanente, el órgano de administración o de liquidación recupera las facultades que han sido “limitadas” o “suspendidas”, para seguir actuando en el seno societario o liquidando la sociedad, de acuerdo con la decisión que adopte la Junta de socios⁴²⁰.

⁴¹⁷ Por ejemplo, la apelación contra el auto de declaración de concurso; acciones de reintegración en las que deba ser parte la persona jurídica concursada (art. 72. 2 LC); ejercitar acciones de responsabilidad, contra actos u omisiones de la administración concursal que lesionen sus intereses (art. 36.7 LC) o audiencia en la tramitación de la sección de calificación (art. 170 LC) e incluso oposición a la calificación en el correspondiente incidente concursal (art. 171 LC).

⁴¹⁸ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 441. DÍAZ MORENO, E., “Efectos...”, cit., p. 253. Lo que la LC obligue o permita al concursado en el procedimiento, habrá de llevarse a cabo por medio del órgano que ostente la representación.

⁴¹⁹ La LC tiene en cuenta, implícitamente la continuación en el ejercicio de determinadas facultades en los administradores o liquidadores cesados, como consecuencia de su inhabilitación en la sentencia que califique el concurso como culpable. El legislador, previendo que en la continuación del concurso –ya que éste no concluye con la sentencia sobre su calificación– la labor del órgano societario de administración o liquidación debe seguir, dispone que “si el cese impidiera su funcionamiento, la administración concursal convocará Junta o Asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados (art. 173 LC). Sustitución que no se circunscribe a la etapa anterior a la fase de liquidación. La norma no excluye su aplicación a ninguna fase del concurso, aun conociendo que el cese del órgano de la sociedad de capital concursada, en fase de liquidación, se acompaña con su sustitución por la administración concursal, ya que el legislador ha previsto que tal sustitución –como ya hemos indicado– no es omnímoda, sino condicionada a “proceder de conformidad con lo establecido en esta Ley” (art. 145.3 LC in fine).

⁴²⁰ Si, como consecuencia de la apertura de liquidación se disuelve la persona jurídica y, sin nombramiento de liquidadores, se sustituye su órgano de administración por los administradores concursales, a la

Así ocurría también en el ámbito societario. El cese⁴²¹, como la destitución (arts. 332 y 223 LSC que derogan a los arts. 132 LSA y 68 LSRL respectivamente) implican normalmente separación definitiva, término de su función, siempre que ese vocablo no vaya acompañado de una concreción determinada de su alcance. Sin embargo, el art. 267 LSA expresaba que desde que la sociedad se declare en liquidación cesará la representación de los administradores para hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones, asumiendo los liquidadores las funciones que detallan los arts. 272 LSA⁴²². Por el contrario, el art. 374.1 LSC –que debiera derogar en todo su contenido al 267 LSA– dispone que “con la apertura del periodo de liquidación cesarán en su cargo los administradores **extinguiéndose el poder de representación** “. Incluso desaparecen los administradores de la formulación del inventario y balance de la sociedad al día de su disolución (art. 383 LSC), en abierta discordancia con lo expresado en el art. 272 LSA, el cual disponía que ese inventario y balance sea suscrito “en unión con los administradores”. Parecería que los administradores no tienen función alguna, una vez abierto el periodo de liquidación. Por el contrario, en el art. 375.1 LSC se indica que “los liquidadores asumirán las funciones establecidas en esta ley, debiendo velar por la integridad del patrimonio social”. Y las funciones están claramente definidas en los arts. 379 y 383 a 387 de la LSC. Entendemos que, con esta precisión parece diluirse en parte el dogmatismo extintivo del art. 374.1 LSC, acercándose a lo definido en el art. 267 de la derogada LSA, si bien deberá ser objeto de una interpretación que aporte claridad. Por ello, en nuestra opinión, la LSC –en caso de disolución– no contemplaría la cesación definitiva de los administradores en todas las funciones. Cesan, entre otras, en funciones como enajenación de bienes sociales, percibir créditos, pagar a acreedores, así como llevar a cabo las operaciones tanto pendientes como nuevas que sean necesarias para la liquidación de la

conclusión del concurso los administradores societarios recuperan sus facultades. La Junta de socios podrá acordar continuar la liquidación de la sociedad mediante nombramiento de liquidadores o remover el obstáculo de la disolución, reactivando la actividad de la entidad.

⁴²¹ Arts. 232 LSC (que deroga al art.127 quarter LSA) , 224.2 LSC (deroga al art.132.2 LSA) y arts. 380 y 389.2 LSC, que derogan el art. 280 LSA.

⁴²² Ver art. 228 Ccom. Sin embargo, el art. 110 LSRL sólo recoge que "con la apertura del periodo de liquidación, cesarán en su cargo los administradores", sin adicionar la concreción expresada en el art. 267 LSA.

sociedad y convengan al interés social (los subrayados en este párrafo son nuestros). En consecuencia, para otras finalidades que las contempladas en los arts. 374, 379 y 383 a 387 LSC, los administradores podrían continuar ejerciendo el resto de facultades, ya que la sociedad disuelta, en periodo de liquidación, conserva su personalidad jurídica hasta su extinción, mediante la inscripción en el Registro Mercantil de la cancelación de los asientos referentes a la sociedad extinguida (art. 396 LSC recogiendo el contenido de los derogados arts. 278 LSA y 122 LSRL).

Posiblemente sea en este sentido la interpretación que deba darse a los efectos del cese de los administradores societarios en la disolución de la persona jurídica por efecto de la apertura de la fase de liquidación. No significa su cese el término de todas las funciones que podrían desarrollar por razón de su cargo⁴²³, ni siquiera de determinadas facultades de representación de la persona jurídica concursada, sino tan solo de las que conllevan la administración y disposición de su patrimonio, para que la administración concursal pueda cumplir a satisfacción los cometidos de la liquidación patrimonial de la entidad y el pago a los acreedores con el producto obtenido⁴²⁴.

El Derecho Concursal francés en su reciente Ley de Salvaguarda de las Empresas de 26 de julio de 2005, recoge también estos criterios, cuando dispone que los administradores sociales de la persona jurídica que se encuentren desempeñando sus

⁴²³ Así, por ejemplo, los administradores concursales cesarán en su cargo en virtud de la aprobación del convenio “sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o a alguno de ellos...” (art. 133.2.II LC)

⁴²⁴ Esta solución es concordante con la expuesta en el primero de los Fundamentos de Derecho del auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, de 28 de septiembre de 2005, procedim. Núm. 8/2004 (AC 2005/1711). En él se expone que “el cese de los administradores de la sociedad concursada y su sustitución por la administración concursal no puede suponer que desaparezca la capacidad procesal que hasta entonces permitía a la concursada, cuya personalidad se conserva durante la fase de liquidación, mantener su propia voz en el proceso, que no debe ser suplida ni silenciada por un órgano concursal, pues lo contrario implicaría indefensión y vulneraría el art. 24 de la Constitución. Teniendo en cuenta que, entre otras cosas, todavía está en trámite la sección de calificación (donde está prevista, en caso de imputación de culpabilidad, la intervención separada del propio deudor (art. 170.2 de la LC) y que quienes han venido siendo los responsables de la concursada pueden enfrentar, en ese y en otros aspectos, sus intereses con los de la administración concursal (que vela por los de la masa y no por los de la concursada), no puede sino concluirse que existe un derecho de la sociedad concursada a mantener durante la fase de liquidación la representación procesal que tenía al inicio del proceso a fin de garantizar su defensa en el marco del concurso, incluidos los incidentes que se susciten en él (de modo análogo a lo previsto en los artículos 51.2 y 54.3 de la LC)”.

funciones en el momento en que se abra la liquidación judicial “se mantendrán en sus cargos”, salvo disposición contraria de los estatutos o decisión de la Junta General (Vid. C.Com. art. L 641-9-II). Se les priva de la administración y disposición de los bienes de la entidad, siendo el liquidador quien ejerce los derechos y las acciones que corresponden al patrimonio de la persona jurídica deudora, dejando que los administradores sociales ejerciten sus facultades, siempre que no incidan en los aspectos patrimoniales, en los que el liquidador ostenta facultad exclusiva para su administración y disposición. La deudora realizará por sí misma aquellos actos y ejercerá aquellas acciones que no se encuentren comprendidas dentro del ámbito de facultades que corresponden a los administradores del procedimiento (C.Com. art. L 641-9-I), pudiendo el deudor –aunque desapoderado– solicitar el cierre del procedimiento en aquellos supuestos en los que el administrador del mismo tarde en solicitarlo (C.Com. art. L 643-9-al 3)⁴²⁵.

En parecidos términos, aunque no tan determinantes como en la legislación francesa, se expresa el reciente Código portugués de Insolvencia y Recuperación de Empresas de 18 de marzo de 2004, privando al deudor insolvente, por efecto de la declaración de insolvencia de los poderes de administración y disposición de los bienes integrantes de la masa insolvente, los cuales pasan al administrador de la insolvencia (art. 81. 1). Por lo que respecta a los administradores, el art. 82.1 del Código de Insolvencia declara que los órganos sociales –Juntas o Asambleas, Administradores– de la deudora “se mantendrán en funcionamiento” después de la declaración de insolvencia. El legislador portugués, aunque de forma implícita, está dejando a los administradores de la entidad incurso en el procedimiento, el ejercicio de sus facultades, siempre que no incidan en la administración y disposición del patrimonio de la insolvente.

En definitiva, en ambos ordenamientos el cese de los administradores en las personas jurídicas concursadas se extiende a todas aquellas facultades de administración y disposición inherentes a los administradores del procedimiento, que son necesarias para el cumplimiento de los fines que el Ordenamiento les ha encargado. Los administradores de

⁴²⁵ Vid. VALLENS, J-L., “La reforma del Derecho francés de la empresa en dificultades”, en RdCP, n°. 4/2006, La Ley, p. 405. PEROCHON, F.,-BONHOMME, R., *Entreprises en diffi culté...*, o.c., pp. 368-374.

las personas jurídicas incurso en un procedimiento de insolvencia, al permanecer en sus cargos, no recuperan, sino que continúan en el ejercicio de todas las facultades, de las que fueron investidos por acuerdo de la Junta de socios, de acuerdo con los estatutos sociales⁴²⁶.

V.5 Efectos sobre los créditos concursales

Además de los efectos que específicamente establece la sección 3ª del Capítulo II, Título III LC (prohibición de compensación, art. 58; suspensión del devengo de intereses, art. 59 e interrupción de la prescripción, art. 60)⁴²⁷, la apertura de la liquidación produce (art. 146 LC): 1º el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y 2º la conversión en dinero de los que consistan en otras prestaciones⁴²⁸.

⁴²⁶ Al quebrado, según la reforma de la *legge fallimentare* italiana (art. 42) se le priva, en virtud de la sentencia declarativa de la quiebra, de la administración y la disponibilidad de sus bienes, facultades que pasan al curador. Sin embargo la pérdida de capacidad procesal del quebrado no es absoluta, ya que puede intervenir en aquellos procesos que no sólo afecten a su persona o bienes excluidos de la quiebra, sino también cuando el curador ha permanecido pasivo en la tutela de los bienes o derechos incluidos en la masa de la quiebra. En tal caso, la parte oponente no está legitimada a proponer excepción alguna. Vid. GROSSI, M.R., *La reforma....*, o.c., pp. 638-639 y 647-648.

⁴²⁷ Continúa, también en la fase de liquidación, la prohibición de compensación de créditos y deudas de la sociedad concursada, salvo que los requisitos de la misma existieran antes de la declaración de concurso o si la ley que rige el crédito recíproco de la entidad concursada y del acreedor lo permita en situaciones de insolvencia.

El art. 59 sobre suspensión del devengo de intereses desde la declaración de concurso tiene como razón de ser para su aplicación en la liquidación, la posibilidad de reactivación de su cobro en el convenio, caso de espera, reactivación que consideramos desaparece con la apertura de la liquidación, por aplicación analógica del apartado 4, del art. 140 LC. Vid. BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 431. SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase de liquidación”, cit., p. 1579.

⁴²⁸ Además de los efectos específicos sobre créditos concursales, el art. 146 LC, junto con la remisión más general del art. 147, extiende el ámbito específico de la vigencia, durante la liquidación, a todos los demás efectos recogidos en el Capítulo II del Título III de la LC: integración de los acreedores en la masa pasiva (art. 49) y efectos sobre las acciones individuales (arts. 50 a 57), con la sustitución de la sociedad deudora, en el caso de pleitos y arbitrajes pendientes, por la administración concursal ya que las facultades patrimoniales serán ostentadas por ese órgano colegiado y no por el órgano de administración de la entidad concursada, al quedar suspendido éste en sus facultades de administración y disposición. Además se sigue manteniendo la prohibición de iniciar ejecuciones y apremios, manteniéndose la posición jurídica de los créditos con garantías reales, cuyo pago, en cualquier momento del concurso, está regulado en la sección 4ª de la fase de liquidación (art. 155 LC). Finalmente resaltar la pérdida por los acreedores, del derecho a ejercitar las acciones de inicio de ejecución de garantías reales en procedimiento separado, una vez abierta la fase de liquidación (art. 57.3 LC), si antes de la declaración de concurso no las hubieran ejercitado.

Para el caso específico de la apertura de liquidación en base a solicitud de un acreedor (art. 142. 4) la LC nada indica expresamente respecto a los efectos que puedan producirse respecto a los créditos afectados por el convenio.

Parte de la doctrina⁴²⁹ considera que cabe aplicar, por analogía, el punto 4 del artículo 140, desapareciendo los efectos sobre los créditos afectados por el contenido del convenio, quedando sin efecto la quita y/o espera concertada, salvo los pagos parciales que se hubieran realizado antes de la apertura de la liquidación. Sin embargo, el acreedor que hubiera convertido en títulos de la entidad concursada su deuda, al adquirir la condición de socio, no sólo quedará inhabilitado para solicitar la liquidación en base al art. 142. 4 LC, sino que –al desaparecer su carácter de acreedor- no podrá acceder al producto que le hubiera correspondido en la liquidación, como lo harán los acreedores de su misma clasificación, siempre que, según nuestra opinión, no se hubiera estipulado la rescisión –total o parcial- de la conversión de la deuda en títulos, en caso de apertura de la fase de liquidación.

5.1 Vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados

Tanto el CCo. –art. 883.1- como el CC –art. 1915- disponían el vencimiento de “las deudas pendientes” (CCo.) o de “todas las deudas a plazo” (en redacción del Cc), por efecto de la declaración de quiebra, en el primer caso, o de concurso, en el ámbito civil.

5.1.1 Diferencias de la legislación derogada con la LC

En la legislación anterior el vencimiento anticipado se anudaba a la declaración de quiebra o concurso, mientras que en el art. 146 se produce con la apertura de la liquidación⁴³⁰, ya que cabe haber concertado un convenio con soluciones de espera,

⁴²⁹ Vid. BELTRÁN, E., “Apertura de la liquidación a solicitud del deudor y acreedores”, cit., p. 2314. DÍAZ MORENO, A., “La articulación...”, cit., p. 47, nota 92.

⁴³⁰ SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase de liquidación” cit., pp. 1567-1570. La posibilidad de mantener el plazo por la sociedad concursada, aún con insolvencia declarada, garantizando la deuda (art. 1129.1º Cc), no

modificativas del vencimiento de los créditos integrados en el concurso, en el momento de su declaración⁴³¹.

En el ALC 1983 (art. 242) se indicaba que el auto de apertura de liquidación contendría, entre otros, “el vencimiento anticipado de todos los créditos del concursado, anteriores a la fecha del concurso. Y, con redacción similar, disponía el ALC 1995 que “la apertura de la liquidación de la masa activa produce el vencimiento anticipado de los créditos anteriores a la declaración judicial de concurso” (art. 186). Tanto en el ALC 2000 (art. 145) como en el Proyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal de 2002 (art. 145) se recoge ya la misma redacción que resultará definitiva en el art. 146 de la LC.

5.1.2 Determinación, vencimiento y pago de los créditos aplazados

5.1.2.1. Créditos concursales

El legislador indica con claridad cuáles sean los créditos aplazados, cuyo vencimiento anticipado se produce con la apertura de la fase de liquidación: los créditos concursales (art. 146 LC).

El art. 84. 1 LC excepciona lo expuesto de forma general en el art. 49. En éste se indica que estarán integrados en la masa pasiva todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, sin más excepciones que las establecidas en las leyes. El art. 84 restringe la masa pasiva (es decir, los créditos concursales, según el encabezamiento del artículo) a los

parece que pueda aplicarse, según este autor, ya que el vencimiento anticipado no se produce con la declaración de concurso sino con la apertura de liquidación.

⁴³¹ En la legislación concursal de países de nuestro entorno, se dispone igualmente, aunque con matices, el vencimiento anticipado de los créditos. En la derogada Ley francesa de 1985, sobre saneamiento y liquidación judicial de empresas (art. 160), al hablar de la satisfacción del pasivo (graduación de créditos) se expresaba que la resolución judicial que declarase la liquidación conllevaría la exigibilidad de los créditos no vencidos en la fecha fijada en la resolución de apertura del saneamiento judicial (es decir, se retrotraía a la apertura del procedimiento de saneamiento). En la nueva Ley de Salvamento de las Empresas de 2005 y en su art. L.643-1 se dispone la exigibilidad de los créditos no devengados mediante la resolución de apertura de la liquidación judicial, aunque, en caso de continuar la actividad y ante la posibilidad de cesión de la empresa, esa exigibilidad se pospone a la fecha de la resolución que apruebe la cesión. También para la *InsO* alemana (§ 41), los créditos no vencidos se tienen como vencidos a la apertura del procedimiento de insolvencia.

créditos contra el deudor común que no tengan la consideración de créditos contra la masa. Estos últimos –art. 84.2 LC- tienen otra vía de satisfacción y es la del art. 154, es decir, la prededucción de la masa activa de los bienes y derechos necesarios, aunque no con cargo a los bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 154.3 LC), salvo cuando el pago de esos créditos especialmente privilegiados sea efectuado “sin realización” de los bienes y derechos afectos (art. 84. 2. 7º LC).⁴³²

En resumen: la masa pasiva la constituyen todos los acreedores de la sociedad concursada: ordinarios, privilegiados, subordinados y créditos contra la masa. Los créditos concursales son la parte de la masa pasiva que no tiene la consideración de créditos contra la masa. En concreto:

- a. Los créditos especialmente privilegiados (art. 90 LC) son créditos concursales, aunque su pago tenga una doble vertiente:
 - los que, aunque tienen bienes y derechos afectos, su pago puede efectuarse sin la realización de esos bienes (art. 155. 2 LC), atendiéndose, total o parcialmente, con cargo a la masa. (Su pago total transforma dichos bienes y derechos en afectos a créditos ordinarios. Si el pago fuera parcial, la parte no pagada se convierte en crédito contra la masa);
 - aquéllos cuyo pago se efectúa con cargo a los bienes y derechos especialmente afectos (art. 155. 1 LC).
- b. Los créditos con privilegio general (art. 91), cuyo pago se efectúa después de la prededucción de bienes y derechos con que debe atenderse a los créditos contra la masa y a los afectos a la realización de los créditos con privilegio especial (art. 156 LC).

⁴³² Vid. BLASCO GASCÓ, F., “La fase de liquidación concursal”, art. cit., pp. 525 ss.

- c. Los créditos ordinarios que se atenderán con los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados (art. 157. 1 LC).
- d. Finalmente, los créditos subordinados, cuyo pago no se realizará hasta tanto no estén completamente cubiertos los créditos ordinarios (art. 158. 1 LC).

Los créditos aplazados cuyo vencimiento resulta anticipado con la apertura de la liquidación son los estrictamente concursales, no los créditos contra la masa, es decir todos los ordinarios, los subordinados, los especialmente privilegiados con realización de los bienes y derechos afectos, así como los que ostenten un privilegio general.

5.1.2.2. Vencimiento y pago de los créditos concursales

En primer lugar, debemos hacer una sucinta referencia al vencimiento y pago de los créditos contra la masa, para dejar clara su diferencia con la de los créditos concursales. Los créditos contra la masa serán satisfechos a sus respectivos vencimientos, sea cual fuere el estado del concurso (art. 154. 2 LC). Al no ser créditos concursales el legislador les concede un *status* específico, distinto al de aquéllos. 1º. No tienen vencimiento anticipado. 2º. Vencimiento y pago siguen la norma general en materia de créditos: el vencimiento de un crédito es el determinante de la exigibilidad de su pago. 3º. Su pago se hará deduciendo de la masa activa todos los bienes y derechos necesarios para satisfacerlos, -con la excepción de aquellos afectos a créditos especialmente privilegiados- y que servirán para su pago.

Conviene, de todas formas, dejar clara la diferencia entre vencimiento anticipado y su pago. El vencimiento anticipado de las deudas concursales a plazo “consigue remover el obstáculo de la falta de exigibilidad”⁴³³, pero no faculta su pago. Cuando el crédito, por

⁴³³ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase...”, cit., p. 1572.

imperativo legal, se adelanta a su vencimiento, se coloca en la misma posición de exigibilidad que los créditos cuyo plazo hubiera ya vencido.

El pago de las deudas concursales ordinarias se llevará a cabo una vez finalizadas las operaciones de liquidación, con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten después de deducir los necesarios para atender los créditos contra la masa y todos los privilegiados (art. 157 LC) o, excepcionalmente, con antelación, cuando el juez estime suficiente cubiertos los pagos de los créditos mencionados⁴³⁴. De cualquier forma, los pagos que se realizasen con antelación al vencimiento que tuvieran antes de la fecha de apertura de la liquidación, en la cuantía que les corresponda, se harán siempre con el descuento calculado al tipo de interés legal (art. 159 LC).

La distinción también abarca a las deudas a término o sometidas a condición, ya que en las primeras el vínculo es plenamente eficaz, aunque su exigibilidad se demore a la fecha del vencimiento. En las deudas sometidas a condición el vínculo carece de firmeza, bien porque su exigibilidad no adquiere eficacia hasta que la condición se haya cumplido (caso de la condición suspensiva), bien porque puede perder toda su eficacia si la condición se cumple (condición resolutoria). El vencimiento anticipado cabe en las deudas a término porque no afecta al vínculo sino tan solo a su exigibilidad temporal⁴³⁵. Con la apertura de la liquidación los créditos a plazo pierden su condición de inexigibilidad, mientras que los condicionales conservan su característica incertidumbre.

La LC distingue entre acreedores con créditos sometidos a condición resolutoria, de aquéllos sobre los que pende una condición suspensiva. Los primeros –con la apertura de la liquidación– disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación. En el caso de créditos ordinarios les corresponderá un pago igual que el que se efectúa al resto de esa clase de créditos, incluso hasta el cobro anticipado si el juez, eventualmente, así lo determina. Sin embargo, en el caso de cumplirse la condición, los

⁴³⁴ Los créditos subordinados –como hemos indicado– se pagarán con el líquido que reste –si existe–, una vez producido el pago de los créditos ordinarios (art. 158. 1 LC).

⁴³⁵ SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase...”, cit., p. 1572.

pagos realizados resultan ineficaces, de tal forma que el acreedor afectado por esta condición, deberá reintegrar a la masa todo lo cobrado (la Ley no indica si además debiera devolver no sólo la cuantía percibida, sino también los intereses legales de la misma (art. 87. 1 LC)⁴³⁶.

Si el juez estima probable el cumplimiento de la condición resolutoria, a petición de parte podrá exigir al acreedor la prestación de la garantía que considere adecuada y suficiente –aval bancario u otra clase de fianza - (Vid. art. 87. 4 LC).

Cuando el crédito esté sometido a condición suspensiva, el acreedor, aunque legitimado, tiene suspendidos –durante la liquidación- sus derechos de cobro. Si se cumpliera la condición suspensiva, hubiese un reconocimiento por sentencia firme o bien si la resolución judicial fuera susceptible de ejecución provisional, el acreedor percibirá la totalidad de lo que le corresponda, según su calificación (art. 87. 3 LC). Si se estimase por el juez el probable cumplimiento de la condición, podrá, también a petición de parte como en el caso anterior, adoptar medidas cautelares sobre provisión en cuantía suficiente con cargo a la masa o lograr que se preste fianza adecuada a los derechos de cobro suspendidos por la condición. (art. 87. 4 LC).

⁴³⁶ Parece que la doctrina general sobre cumplimiento de la condición resolutoria, por lo que respecta a las relaciones duraderas, sólo supone la pérdida del derecho *ex nunc*, pudiendo asimilarse el procedimiento concursal a aquéllas, al constituir una concatenación de actuaciones. BERMEJO, N., “Supuestos especiales de reconocimiento (art. 87)”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Thomson Civitas 2004, pp. 1564-1566. Para YANES, sin embargo, el crédito condicional –con condición resolutoria- es inmediatamente exigible, sin perjuicio de los efectos de la resolución cumplida de restituir a la masa las cantidades percibidas en el concurso, con eficacia *ex tunc*. YANES YANES, P., “Supuestos especiales de reconocimiento” en ALOSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J., ALCOVER GARAU, G. Y ALONSO LEDESMA, C., *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Ed Dykinson 2004, p. 885. GUILARTE considera que como el crédito afectado por la condición resolutoria –una vez cumplida- debe entenderse que no ha existido en ningún momento, no sólo habrán de devolverse las cantidades cobradas, sino también hacer frente a las otras responsabilidades en que haya podido incumplir el acreedor frente a la entidad concursada o al resto de acreedores. GUILARTE ZAPATERO, V., “Supuestos especiales de reconocimiento”, en SÁNCHEZ CALERO, J.-GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo II, Lex Nova, Valladolid 2004, pp. 1749-1761. A mi juicio, en los créditos dinerarios o en los no dinerarios en los que se hubiera pactado intereses- , si no se devolvieran éstos, juntamente con el principal percibido, -una vez cumplida la condición resolutoria- se causarían perjuicios tanto a la concursada como a los acreedores concursales, siempre que no hubiera habido una reciprocidad por contraprestación, como ocurre en las obligaciones recíprocas. Por ello considero que, para restaurar el desequilibrio producido, el acreedor debería devolver, en los casos señalados, no sólo el principal sino también los intereses percibidos.

5.1.2.3. Vencimiento anticipado de créditos con prestaciones periódicas no vencidas

Trataremos ahora de la afectación del vencimiento anticipado por la apertura de la liquidación a este tipo de créditos, como las rentas vitalicias o los censos reservativos y consignativos (arts. 1606 y 1607 Cc) cuando el deudor sea una sociedad de capital concursada.

La doctrina preconcursal se orientaba hacia la capitalización del crédito para transformarlo en un único crédito concursal⁴³⁷. La LC adopta el criterio de la capitalización, respecto a las prestaciones dinerarias futuras (renta vitalicia, por ejemplo), obteniendo su valor, mediante su actualización al tipo de interés legal vigente (art.88. 4 LC). En cambio, caso de prestaciones no dinerarias o dinerarias determinadas en base a un bien distinto del dinero, se efectuará el cómputo por el valor de las prestaciones o del bien (art. 88.3 LC).

Los criterios expuestos –de capitalización o, en su caso, de valoración del bien o de la prestación- son válidos, en principio, en el concurso, para la cuantificación del pasivo, computándose a la fecha de su declaración. Sin embargo, la exigibilidad de estos créditos con vencimientos parciales periódicos aplazados, resulta del vencimiento anticipado, como consecuencia de la apertura de la liquidación. Su exigibilidad –como anteriormente hemos analizado- no provoca el pago. Sólo su vencimiento anticipado, es decir un derecho de los acreedores a obtener lo que les corresponda. El pago se producirá al término de las operaciones de liquidación. Y en el caso del pago de créditos antes del vencimiento, la LC determina claramente que la apertura de la liquidación –y no la declaración del concurso- es el momento en el que se debe contemplar el monto del crédito, para aplicar el correspondiente descuento (art. 159 LC).

⁴³⁷ Vid. GARRIGUES, DÍAZ-CANABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 8ª edic., Madrid 1983, pp. 448-449. RAMÍREZ LÓPEZ, J. A., *La quiebra. Derecho concursal español*, Tomo II, Bosch, Barcelona 1998, p. 1058.

En consecuencia, puesto que los momentos temporales son distintos –declaración de concurso y apertura de la liquidación– muy posiblemente habrán ido venciendo, en el ínterin, una o varias prestaciones periódicas; puede haber variado el tipo de interés legal que se aplicó a efectos del cómputo para la cuantificación del pasivo; puede también haberse modificado el valor de los bienes cedidos e, incluso, cabe que hubiera modificaciones, caso de un convenio en vigor, con anterioridad a la apertura de la liquidación. Por todo ello, consideramos que, si bien es razonable aplicar los criterios expuestos en los nn. 3 y 4 del art. 88, la capitalización debería llevarse a cabo de acuerdo con el montante del crédito no vencido a la fecha de la apertura de la liquidación y con el interés legal existente en ese momento de su exigibilidad, así como el monto y la valoración de los bienes o de las prestaciones dinerarias.

Pero, ¿sigue valiendo para la capitalización de las prestaciones no dinerarias, todavía no vencidas a la fecha de apertura de la liquidación, el criterio de valoración de las prestaciones o de los bienes de referencia? El art. 159 LC indica que su pago se hará –sin distinción– con el descuento calculado al tipo de interés legal. Pensamos que para las prestaciones no dinerarias, se debería primero convertirlas en dinero, mediante su valoración, y al producto obtenido, aplicarle el descuento que corresponda, de acuerdo con el interés legal en vigor, en el momento del de la apertura de la liquidación.

5.1.2.4. Otras cuestiones derivadas del vencimiento anticipado de créditos concursales

La afectación que puede suponer para algunos obligados al pago⁴³⁸, como son los codeudores solidarios, la doctrina mayoritaria considera que el vencimiento anticipado no les afecta. El acreedor se dirige contra ellos cuando la obligación haya vencido. En el caso del fiador de la sociedad concursada, es dudoso que sus efectos le alcancen, ya que el vencimiento anticipado lo es a efectos concursales y por tanto no parece que pueda

⁴³⁸ Vid. CLEMENTE MEORO, M., *Los supuestos legales del vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia 1991, pp. 153 ss. BLASCO GASCÓ, F., “La fase de liquidación concursal”, cit., pp. 525 ss.

aplicarse más allá del concurso. El art. 160 LC da por efectivamente cobrados por el acreedor los pagos realizados antes de la declaración del concurso por el codeudor solidario o un fiador, sin que quepa, por ese motivo, una posible reintegración a la masa. Pero no parece que pueda afectarles el vencimiento anticipado, a no ser que hubiera existido un pacto expreso sobre el particular.

Por lo que se refiere a la compensación de créditos y deudas de la sociedad concursada cuando se produzca el vencimiento anticipado de créditos, si bien la regla general es su prohibición (art. 58 LC), es posible que produzca efectos, siempre que sus requisitos existieran antes de la declaración del concurso.

En el caso de apertura de la liquidación por nulidad, incumplimiento del convenio, o bien dejado sin efecto por resolución judicial firme (art. 143.1. 3º, 4º y 5º LC), el convenio se tendrá por no celebrado, desapareciendo los efectos sobre los créditos, aunque deberán mantenerse los efectos derivados de actos realizados legítimamente por los órganos del concurso⁴³⁹. Los créditos cuyo aplazamiento fue ampliado mediante el convenio y por tanto plenamente vigentes durante su puesta en práctica, se convierten en créditos vencidos a la apertura de la liquidación, por no tener ya efecto lo aprobado en el convenio. Sin embargo, los pagos realizados durante su vigencia no parece que deban ser reintegrados por los acreedores, con el descuento por pago anticipado, ya que no ha habido enriquecimiento injusto por razón del descuento, aunque pueda interponerse acción de daños y perjuicios por fraude, mala fe o contravención del convenio (art. 162. 1 LC).

¿Qué ocurre con los créditos con garantía real? En primer lugar, forman parte de los créditos concursales –son especialmente privilegiados–, siempre que no estén integrados en los créditos contra la masa, es decir sin realización de los bienes y derechos afectos⁴⁴⁰;

⁴³⁹ BLASCÓ GASCÓ, F., “La fase de liquidación concursal”, art. cit., p. 529.

⁴⁴⁰ La posibilidad de integración en los créditos contra la masa tiene como frontera el convenio aprobado mediante sentencia firme; el transcurso de un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de liquidación (art. 56.1 LC) o la subsistencia de la suspensión de la ejecución, iniciada antes de la declaración de concurso (art. 56. 2 LC), salvo que estuvieran publicados los anuncios de la subasta y la ejecución no recaiga sobre bienes necesarios para continuar la actividad empresarial.

por lo tanto, serán créditos con vencimiento anticipado⁴⁴¹, aunque con facultades de separación. Por otra parte, constituyen una excepción a la regla general de suspensión del devengo de intereses (art. 59 LC), ya que su pago, en los créditos con garantía real, será exigible hasta donde alcance la garantía.

5.2 Conversión en dinero de los créditos concursales de prestaciones no dinerarias

Junto con la exigibilidad inmediata por vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados, la LC dispone su conversión en dinero, si los créditos fueran de prestaciones no dinerarias (art. 146 LC) o de prestaciones dinerarias determinadas por referencia a un bien distinto del dinero (art. 88.3 LC)⁴⁴².

La disposición tiene su lógica, ya que toda liquidación -si resulta extensiva a esta fase la prohibición para la propuesta de convenio sobre la cesión de bienes y derechos a los acreedores para pago o en pago de sus créditos (art. 100.3 LC) y la compensación de créditos y deudas de la sociedad concursada (art. 58 LC)- se simplifica enormemente, homogeneizando todos los créditos por su contrapartida en dinero, cuyo pago -en su momento- se efectuará en moneda de curso legal.

Anteriormente analizamos algunos aspectos de la conversión de prestaciones no dinerarias, a la hora de materializar el pago anticipado de las mismas, Su valoración, previa al cálculo del descuento correspondiente según el interés legal, considerábamos era un requisito imprescindible para traducir el crédito en términos dinerarios.

⁴⁴¹ Para BLASCO GASCÓ no tendría sentido mantener vivo un crédito garantizado, cuando se apertura la liquidación, ya que ese derecho de crédito con garantía real se liquidará ineludiblemente. BLASCO GASCÓ, F., “La fase de liquidación concursal”, art. cit., p. 530.

De todas formas, cabría mantener en vigor esta clase de créditos -con autorización judicial- en el caso de enajenación de los bienes y derechos especialmente garantizados, ya que al adquirente puede interesarle mantener en vigor el crédito, por las condiciones de principal todavía no amortizado, interés y plazo del mismo (art. 155. 3 LC).

⁴⁴² Los créditos no dinerarios se convierten en créditos dinerarios, no en dinero Vid. BLASCO GASCÓ, F., “La fase de liquidación concursal”, art. cit. p. 530. Para la Ordenanza alemana de insolvencia -*InsO*, § 45- “los créditos no dinerarios o cuyo valor es indeterminado deben ser reclamados por la cuantía que pueda ser estimada al tiempo de la apertura del procedimiento”.

Pero ese valor asignado a cada crédito en dinero, a los efectos de cuantificar el pasivo en la fase común del concurso, no parece que deba ser el que se tenga en cuenta a la hora de los pagos, cuando se proceda a la liquidación de la masa pasiva⁴⁴³, por las razones apuntadas en el epígrafe 5.1.2.3. Como ya indicamos, la fecha de apertura de la liquidación es la que marca tanto el vencimiento anticipado de los créditos, como el valor que, en tal caso, deba asignarse a las prestaciones no dinerarias, a partir del cual podrá efectuarse el descuento correspondiente, al interés legal, en los pagos anticipados (art. 159 LC).

Respecto a las obligaciones no dinerarias, personalísimas, no es fácil subsumirlas en la regla general de conversión de todos los créditos en dinerarios (art. 88. 3 LC). El incumplimiento de una obligación personalísima de hacer no parece encajar en los hechos del art. 2.4 LC para presentar solicitud de concurso por un acreedor, salvo en el caso, poco probable, en el que las obligaciones del deudor fueran todas o en gran parte personalísimas (una sociedad compuesta por pintores de encargo; o de arquitectos de reconocido renombre). Tampoco parece que pudiera quedar sometido al principio *par conditio creditorum*, ya que si el deudor quiere cumplir no habrá una repercusión patrimonial para el resto de los acreedores (salvo que el deudor –caso del “pintor de cámara” o arquitecto de renombre- efectúe su prestación personalísima y ésta pudiera valorarse en términos monetarios). Si incumple, y de acuerdo con lo dispuesto en la LEC para la ejecución de obligaciones de hacer personalísimas (art. 709. 1), el ejecutante puede optar por exigir la entrega de un equivalente pecuniario de la prestación (arts. 712 ss LEC) o solicitar que se le apremie a su cumplimiento con multa establecida según los criterios del art. 711 LEC. Esta última posibilidad cabe subsumirla en la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61 LC)⁴⁴⁴, de tal forma que si la sociedad concursada incumple su obligación personalísima, su deuda se incluirá en la masa pasiva del concurso, realizándose la prestación a la que está obligada con cargo a la masa (arts. 61. 2 y 84.2.6º LC).

⁴⁴³ En contra de la opinión aquí sustentada SÁNCHEZ ARISTI considera que el cómputo del valor asignado a cada crédito en dinero, a efectos de cuantificación del pasivo, es el que deberá tenerse en cuenta a la hora de efectuar los pagos en sede de liquidación. SÁNCHEZ ARISTI R., “De la fase...”, cit., pp. 1576-1577.

⁴⁴⁴ SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase...”, cit., pp. 1578-1579.

De todas formas, declarado el concurso y mediante solicitud de la administración concursal, el juez, en incidente concursal, decide la resolución del contrato, si fuera conveniente al interés del concurso, acordando la indemnización que haya de satisfacerse por la sociedad concursada, con cargo a la masa (art. 61.2. II LC).

Por otra parte, si el acreedor de la prestación personalísima en lugar de su cumplimiento decidiera ejercitar la facultad de resolución del contrato por incumplimiento, tendría derecho a la restitución de lo ya entregado (art. 62 LC); en tal caso este crédito habría perdido su carácter de personalísimo.

Respecto a la apertura de la liquidación con la exigencia de cumplimiento de una obligación personalísima por la sociedad concursada, ¿cabe solamente su satisfacción por conversión en dinero? ¿Podría excepcionarse la regla general del art. 146, siguiendo el modelo de ejecución de estas obligaciones, recogido en la LEC?

Así como la solución –en caso de convenio- depende de lo acordado por las partes, siendo posible tanto la exigencia de su cumplimiento como su pago equivalente en dinero o, incluso, otra prestación no dineraria –puesto que lo convenido habría sido a satisfacción de las partes-, no parece que pueda aplicarse esta excepción a lo regulado en el art. 146 LC. Si hasta la apertura de la fase de liquidación la sociedad concursada debía cumplir con su obligación personalísima, en ese momento deberá convertirse en dinero tal obligación. Tampoco en el art. 157 LC, que regula el pago de los créditos ordinarios, se contempla la opción de ejecución personal de una obligación personalísima, antes al contrario, en el nº 3 de ese artículo se expresa con claridad que el pago de los créditos ordinarios se atenderá “en función de la liquidez de la masa activa”⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ Para SÁNCHEZ ARISTI hubiera sido mejor que la LC hubiera admitido explícitamente la opción de permitir su ejecución personal o bien que la administración concursal valorase lo más conveniente para el concurso. SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase...”, cit., p. 1579.

V.6 Vigencia de la aplicación de las normas generales sobre los efectos de la declaración de concurso durante la fase de liquidación

El art. 147 LC sanciona la aplicación de las normas contenidas en el Título III de la LC (arts. 40 al 73), siempre que no se opongan a las específicas sobre liquidación (Título V, Capítulo II (arts. 142 al 162))⁴⁴⁶, dando unidad al procedimiento concursal.

6.1 Efectos sobre la sociedad de capital concursada

La apertura de la liquidación –art. 145.1 LC- por lo que se refiere a los efectos sobre la sociedad de capital deudora, en concreto a la suspensión automática del ejercicio de sus facultades de administración y disposición patrimonial, hace inaplicables los cuatro primeros apartados del art. 40 LC⁴⁴⁷, tanto por lo que se refiere a la conservación de la masa activa como al cambio de situación –intervención versus suspensión o viceversa- que posibilitaba dicho precepto durante la fase común. La apertura de la fase liquidativa solidifica definitivamente la suspensión de facultades de la sociedad concursada, sin posibilidad de cambio de situación. Son de aplicación, sin embargo, los números 6 y 7 del mencionado precepto. En particular, y por lo que tiene de singular, sobre los actos de la sociedad concursada que contravengan las limitaciones que impone la suspensión, ejercitando facultades suspendidas, puesto que no son nulos de pleno derecho, sino anulables, a instancia de la administración concursal, la cual tiene atribuciones para su convalidación, siempre que, a nuestro juicio, entienda que no perjudican, sino que benefician al interés del concurso.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ El desglose del Título III, sobre los efectos de la declaración de concurso es el siguiente: Cap. I: sobre el deudor (arts. 40 al 48). Cap. II.: sobre los acreedores (arts. 49 a 60). CAP. III.: sobre los contratos (arts. 61 al 70) y CAP. IV: sobre los actos perjudiciales para la masa activa (arts. 71 al 73). Como anteriormente indicamos, el art. 146 recoge, de forma particularizada, los efectos que para los créditos concursales se establecen en la sección 3ª del Cap. II (arts. 58 al 60).

⁴⁴⁷ Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase...”, p. 1581.

⁴⁴⁸ La acción de anulación, una vez abierta la fase de liquidación, caducará –en ausencia de requerimiento a la administración concursal de anulación o de confirmación del acto por parte de cualquier acreedor o de parte afectada- una vez finalizada la liquidación (art. 40. 7. I in fine LC).

La comparecencia ante el Juzgado y ante la administración concursal (art. 42 LC), y su colaboración e información respecto a tales órganos que los administradores o liquidadores de la sociedad concursada tienen el deber de llevar a cabo, no finaliza sino hasta la conclusión del concurso, teniendo un papel preponderante en la liquidación, no solo en la fase preparatoria del plan de liquidación a presentar por la administración concursal, sino también en la transmisión de instrucciones y colaboración con los posibles adquirentes de la empresa o ramas de actividad, intangibles, clientela, proveedores y en todos aquellos aspectos que fueran de interés para la mejor colocación de los activos de la entidad⁴⁴⁹.

Obviamente la conservación de la masa activa durante la liquidación –art. 43 LC– corresponde a la administración concursal. Sin embargo, los intereses del concurso pueden llevar a pedir la colaboración de la sociedad concursada cuando el órgano de administración concursal lo estime necesario, incluso aún en situaciones en las que la toma de decisión la LC la deja exclusivamente a criterio de dicho órgano. Como ocurre en el ínterin entre la apertura de la liquidación y la aprobación judicial del plan de liquidación ordinaria o la puesta en práctica, en su defecto, de las Reglas legales supletorias (en adelante RLS), en el que la administración concursal podrá realizar actos de disposición, incluso sin autorización judicial, en el ejercicio de la actividad empresarial, siempre que la empresa societaria continúe en activo.

Mención especial debe hacerse, en esta fase de liquidación, a la posibilidad de cese total o parcial de la actividad empresarial, mediante el cierre de todos o parte de los establecimientos o explotaciones de la sociedad empresarial concursada. Quién goza de esa facultad es el juez, a instancia de la administración concursal. La sociedad concursada no tiene facultad para solicitar el cese de su actividad empresarial y el cierre de sus establecimientos. Sin embargo, la Ley obliga al juez a “oír” al deudor (art. 44. 4 LC), ya que, del contradictorio administración concursal-sociedad concursada, obtendrá

⁴⁴⁹ Vid. SALA ALCAYDE, A., “De la fase de liquidación, cit., pp. 557-567. Esta colaboración e información de la sociedad concursada se desvanece, hasta casi desaparecer en las Reglas legales supletorias, en lo que respecta a la función que normativamente desempeñan en el plan de liquidación (art. 149 LC).

información contrastada para proceder o no a lo solicitado por el órgano colegiado de administración, completada con la que le suministren los representantes laborales de la sociedad empresarial concursada. Cabe, sin embargo, en la propuesta anticipada de liquidación, que la deudora presente, como parte de su plan, el cese total o parcial de la actividad de la empresa. En este caso, la administración concursal podría oponerse presentando una propuesta de modificación; sin embargo, esa oposición no es vinculante, ya que será el juez quien podrá acordar el cese a iniciativa de la sociedad concursada o bien rechazarlo en la aprobación modificada del plan de liquidación anticipada⁴⁵⁰

¿Qué ventajas puede reportar, en la fase de liquidación, el cese total o parcial de la actividad empresarial? En primer lugar, evitar una sangría de gastos que se traduzca en incremento de pérdidas, mermando en consecuencia la masa activa, cuya disminución perjudica a los acreedores –con privilegio general, ordinarios, subordinados y, en ocasiones, hasta a los acreedores contra la masa (vid. art. 154.3 LC)- .

Por lo que se refiere al aspecto laboral, sobre todo en sociedades concursadas con elevado volumen de personal fijo, la extinción colectiva de relaciones laborales –total o parcial- mediante el expediente a tramitar según las reglas establecidas en los arts. 64 y 8. 2 LC, ayudará a aliviar la carga que se traduce en incremento de pérdidas y en consecuencia de reducción de la masa activa.

Además, el cierre, sobre todo parcial, de alguna rama de actividad deficitaria, puede ayudar a la venta, en mejores condiciones, de la empresa, bien mediante el planteamiento hecho por la deudora en su propuesta anticipada de liquidación, o por la cristalización del plan de liquidación ordinaria presentado por el órgano colectivo concursal o, en su defecto, por la aplicación de las RLS.

De todos modos, y en fase de liquidación, el informe de la sociedad concursada y/o los representantes laborales sobre todo si se confirma por un eventual informe pericial la

⁴⁵⁰ Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ J.A.-LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La liquidación anticipada”, en o.c., p.145.

viabilidad total o parcial de la empresa (art. 83 LC), servirán para orientar la solicitud que sobre el particular lleve a cabo la administración concursal al juez y, en definitiva, sobre la decisión que éste adopte (art. 44.4 LC). La potencial viabilidad de la empresa y los requisitos para que ello ocurra, pueden ser determinantes –si no se hubiera llevado a cabo con anterioridad a la apertura de la fase liquidatoria– en el cese, en todo o en parte, de la actividad, constituyendo uno de los aspectos más importantes del plan tanto en su versión anticipada como ordinaria.

Otro de los efectos sobre la sociedad empresarial concursada, si no se hubiera ordenado durante la fase común, es la del embargo de los bienes y derechos de sus administradores o liquidadores (art. 48.3 LC). En esta fase de liquidación, la posibilidad fundada de calificación como culpable del concurso –ya se ha formado la sección de calificación al procederse a su apertura–⁴⁵¹ es argumento suficiente para que el juez, de oficio o a instancia de la administración concursal, ordene el embargo de bienes y derechos de la sociedad concursada o de su ampliación, si ya existiese embargo o aval concedido por una entidad de crédito, por resultar insuficiente el estimado inicialmente como bastante.

La apertura de la liquidación (art. 48.5 LC) facilita a la administración concursal el ejercicio de la acción contra el socio o socios subsidiariamente responsables de las deudas preconcursales⁴⁵². También los acreedores podrán ejercitar subsidiariamente, en esta fase de liquidación, una acción de carácter patrimonial de la sociedad concursada (arts. 54.4 y 82. 4 LC) que ni ésta ni el órgano de administración concursal la hubieran ejercitado en plazo⁴⁵³.

⁴⁵¹ El embargo de bienes a los administradores o liquidadores de la sociedad concursada se habrá ordenado normalmente durante la fase común, al determinarse a la fecha de emisión del informe por la administración concursal la insuficiencia de la masa activa para satisfacer todas las deudas (arts. 75.2.1 y 2º; 76. 1 y 82 LC) o, con anterioridad, y siempre una vez declarado el concurso, si el propio juez de oficio o por solicitud del órgano concursal, lo ordenase, al disponer de información suficiente que acredite la insuficiencia de los bienes y derechos de la sociedad concursada.

⁴⁵² Aunque estas acciones habitualmente se utilizarán, en su caso, contra los socios de sociedades personalistas, cabe también pensar en la responsabilidad subsidiaria de quienes son accionistas de sociedades de capital.

⁴⁵³ Se mantiene también durante la liquidación la legitimación de la administración concursal para ejercitar la acción social de responsabilidad contra administradores, liquidadores y auditores (art. 48. 2 LC), así como

6.2 Efectos sobre los acreedores

Continúan vigentes los efectos sobre los acreedores –ya hemos tratado en particular de los efectos sobre los créditos (arts. 58 a 60) en el análisis del art. 146-, siempre que no se opongan a lo establecido específicamente para la fase de liquidación.

Específicamente, y para los procedimientos judiciales en trámite, será la administración concursal –con plena capacidad procesal- la que sustituya a la sociedad concursada, suspendidos ya sus órganos de administración o liquidación, en sus facultades de administración y disposición (art. 51.2 LC); las sentencias y los laudos dictados durante la liquidación vincularán al juez del concurso (art. 53 LC). La prohibición de iniciar ejecuciones y apremios subsiste durante la fase de liquidación (art. 55 LC), así como se mantiene la posición jurídica de los créditos con garantía real (arts. 56 y 57 LC) cuya satisfacción, en cualquier momento del concurso, tiene su regulación en la sección de la fase de liquidación que trata del pago a los acreedores.

Finalmente, la apertura de la fase de liquidación provoca la pérdida del derecho a ejercitar, en procedimiento separado, las acciones de ejecución sobre créditos con garantía real, si no se hubiera hecho antes de la declaración de concurso (art. 57. 3 LC).

6.3 Efectos sobre los contratos

Nos detendremos en aquellas normas con relevancia específica en la fase de liquidación. Aunque la resolución de contratos con obligaciones recíprocas en interés del concurso parece que deba solicitarse antes de la formación de la lista de acreedores (art. 61. 2 LC)⁴⁵⁴, la administración concursal, si la sociedad deudora ha solicitado la apertura

para reclamar, en exclusiva, las aportaciones sociales diferidas y las prestaciones accesorias, pendientes de cumplimiento. Vid. BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 430.

⁴⁵⁴ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 431. Según este autor, “la resolución en interés del concurso (art. 61.2) debe ejercitarse antes de la formación de la lista de acreedores, si bien la circunstancia de que el

de la fase de liquidación con la declaración de concurso o bien antes de tomar la decisión sobre la resolución de un contrato de estas características, deberá analizar su conveniencia, ya que habrá contratos con reciprocidad de obligaciones, cuya continuidad pueda ser positiva durante la fase común o incluso en la fase de convenio y, sin embargo, afectar negativamente en caso de liquidación.

La solución concertada para cada contrato como consecuencia de la declaración de concurso continuará sin cambios durante la fase de liquidación⁴⁵⁵. Sin embargo, la liquidación –por efecto del plan de liquidación o la puesta en práctica de las RLS– puede obligar a extinguir, total o parcialmente, los contratos laborales (art. 148.4 y 149.1.2ª LC), cumpliendo los trámites preceptuados en el art. 64 LC⁴⁵⁶.

Por lo que se refiere a los contratos con Administraciones Públicas la Ley distingue (art. 67) entre aquellos que tienen un carácter administrativo de los que su carácter es privado. Éstos últimos se regirán, tanto en sus efectos como para su extinción, por la normativa concursal (art. 67. 2 LC). Para los que tienen carácter administrativo la LC remite sus efectos a las leyes especiales que los regulan (art. 67. 1 LC). La apertura de la fase de liquidación origina siempre la resolución de estos contratos (art. 112, apdo. 2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, modificado por la Disp. final 13ª. 3 LC). Si el concurso hubiera sido declarado, sin que se haya producido todavía la apertura de liquidación, la Administración tendrá la facultad de continuar el contrato, si el contratista concursado prestare garantías suficientes para su ejecución (art. 112, apdo. 7 de la mencionada Ley).

deudor solicite inicialmente la apertura de la fase de liquidación deberá ser tenida en cuenta de modo especial para acordar esa resolución”.

⁴⁵⁵ BELTRÁN, E., “La liquidación”, art. cit., p. 432.

⁴⁵⁶ Para BELTRÁN la liquidación de los bienes integrantes en el patrimonio concursal provoca el cese de la actividad y la imposibilidad de que el contrato de agencia permanezca en vigor. BELTRAN, E., “La liquidación”, art. cit., p.432. De todas formas, la Ley concede a las partes, la posibilidad, sin preaviso alguno, de dar por finalizado el contrato por la declaración de concurso de la sociedad deudora (o bien del agente) (art. 26.1. b de la Ley sobre contrato de agencia, reformado por la Disp. final 29ª). En consecuencia, en cualquier momento, una vez declarado el concurso de la sociedad deudora, podrá el agente dar por finalizado el contrato. En la liquidación –por ser una fase posterior del concurso– podrá el agente, unilateralmente, dar por terminado el contrato de agencia. Pero puede igualmente continuar la relación de agencia durante la liquidación, siempre que considere positiva su labor. En todo caso, el juez, en interés del concurso, puede resolver el contrato.

La facultad de resolución por incumplimiento (art. 62.1 LC) se mantiene también durante la fase de liquidación, ya que la Ley no pone fronteras a la resolución de contratos con obligaciones recíprocas, pendientes de cumplimiento, puesto que su no cumplimiento puede producirse en cualquier momento y, por tanto, también en la fase de liquidación.

Lo mismo ocurre con el acuerdo judicial de cumplimiento de un contrato con causa de resolución, durante el periodo de liquidación (art. 62. 3 LC); aunque el interés del concurso en la continuación del contrato pueda ser excepcional⁴⁵⁷, no por ello deja de tener importancia, sobre todo cuando se trata de enajenar, en todo o en parte, el activo empresarial, en especial si se considera viable la continuación, total o en alguna rama, de la actividad.

La LC excepciona en la aplicación de la normativa general a la aplicación de las normas que dispongan la extinción del contrato o permitan un pacto sobre su extinción, en aquellos casos de concurso declarado o de liquidación administrativa (art. 63. 2 LC), como ocurre con la regulación de los efectos para las Administraciones Públicas, ya que la LC se remite a lo establecido en sus normas específicas (art. 67.1 LC) Sirva como ejemplo, la extinción del contrato de agencia, anteriormente aludido (art. 26. 1. b. Ley sobre Contrato de Agencia modificado por Disp. Final 29^a); la subrogación o rescisión de los contratos de seguro (art. 37 Ley Contrato de Seguro 50/1980, modificado por Disp. Final 28^a LC) o la extinción del mandato (art. 1732. 3º Cc, modificado por la Disp. adicional primera, regla 2ª LC)⁴⁵⁸, aunque para su aplicación debe tenerse en cuenta el momento permitido por la Ley, ya que unas veces la extinción o modificación del contrato es consecuencia de la declaración de concurso (por ejemplo, en el contrato de agencia) y otras a la apertura de la liquidación (como sucede con el contrato de seguro o en la extinción del mandato).

⁴⁵⁷ Así lo expone BELTRÁN. Vid BELTRÁN, E., “La liquidación”, cit., p. 432.

⁴⁵⁸ BELTRÁN, E., *ibídem*.

V.7.Otros efectos de la apertura de la liquidación

Cabe incluir como otro efecto inseparable de la liquidación –y no menos importante– el de la calificación del concurso (art. 163. 1. 2º LC), salvo que estuviera ya formada esta sección por aprobación judicial de un convenio con quita superior a un tercio de los créditos o espera superior a tres años⁴⁵⁹. Su trascendencia es indudable tanto para los administradores y liquidadores de las sociedades concursadas como, inseparablemente, para los acreedores concursales, cuando la sentencia declare el concurso como culpable.

En primer lugar, para los administradores y liquidadores de la entidad concursada e igualmente para el resto de personas afectadas por la calificación o sus cómplices (art. 172. 2. 3º LC), ya que:

- a. deberán devolver a la masa activa los bienes y derechos obtenidos indebidamente de la sociedad concursada o recibidos de la masa activa, cuando los tuvieran como acreedores concursales o de la masa;
- b. deberán indemnizar por los daños y perjuicios causados, cuyo producto pasará a engrosar la masa activa.

Además la sentencia, una vez que adquiera firmeza, podrá condenar a los administradores o liquidadores –actuales o con cargo anterior en dos años a la declaración de concurso– a pagar, total o parcialmente, a los acreedores concursales (a todos, no sólo a los ordinarios; también a los subordinados; y a los acreedores con privilegio general y especial)⁴⁶⁰ el importe de sus créditos que no hubieran percibido en la liquidación de la masa activa (art. 172. 3 LC).

⁴⁵⁹ La declaración del incumplimiento del convenio por resolución judicial firme provoca de oficio la apertura de la fase de liquidación (art. 143. 1. 5º LC)

⁴⁶⁰ La referencia del art. 172. 3 LC a los “acreedores concursales” parece excluir implícitamente a los acreedores por créditos contra la masa, ya que el art. 84 LC distingue entre los “créditos que no tienen la consideración de créditos contra la masa” de los “créditos concursales”. Sin embargo, a nuestro parecer, el legislador, al referirse a los acreedores concursales, consideramos ha querido englobar tanto a los acreedores por créditos concursales como a los que se consideran contra la masa, ya que si hubiera un incremento en la masa activa, procedente de los condenados como culpables, en primer lugar iría a parar a satisfacer los créditos contra la masa antes de proceder al pago de los créditos concursales (vid. art. 154. 1 LC).

La trascendencia para los acreedores concursales, sobre todo para los ordinarios y en especial para los subordinados, es indudable, pues sus créditos podrían resultar completamente atendidos, siempre que la sentencia que recayese en los administradores o liquidadores les condenase a pagar totalmente las deudas no percibidas y, por supuesto, si todos o alguno de los condenados tuviera solvencia suficiente para cubrir el total importe de los créditos afectados por la condena.

Interesa resaltar la posibilidad de cobro que tienen aquellos socios que, conforme a ley, fueran personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales. Una vez que hubieran atendido con su patrimonio las deudas que la sociedad no alcanzase a cubrir, se convierten en acreedores de la sociedad; sus créditos son subordinados (arts. 92 .5º en relación con 93. 2. 1º LC) y si la sentencia de calificación culpable del concurso no les alcanza, podrían recuperar todo o parte de lo pagado por cuenta y en nombre de la sociedad concursada, mediante la devolución a la masa de bienes y derechos indebidamente obtenidos por acreedores concursales y, sobre todo a causa de la condena recaída en los administradores o liquidadores culpables, al tener que atender también los créditos subordinados, con importe no percibido en la liquidación de la masa activa.

Pago anticipado de los créditos a los acreedores

El último párrafo del apartado segundo del art. 142 bis, recogiendo en parte la excepción contemplada en el art. 157 LC para el pago de los créditos ordinarios, dispone que “el juez podrá autorizar el pago de los créditos sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos de la masa de previsible generación”.

En la liquidación ordinaria, y después de haberse aprobado en firme la apertura de la fase de liquidación, se presenta un plan de liquidación por la administración concursal, con

el que se inician las operaciones liquidatorias si resulta aprobado, eventualmente después de sustanciado un recurso de apelación o, en caso contrario, aplicando las RLS. Una vez terminada la liquidación, o en el decurso de la misma, deduciendo primero lo necesario para satisfacer los créditos contra la masa activa –no afectos al pago de créditos con privilegio especial-, se atiende a aquéllos que tuvieran un privilegio general y, una vez satisfechos, se realiza el pago de los créditos ordinarios y, finalmente, si hubiera remanente se atiende a los subordinados. El art. 157.1 LC abre excepcionalmente la posibilidad de autorizar judicialmente la realización de pagos a los acreedores ordinarios, con antelación a los créditos contra la masa y privilegiados, cuando el juez estimase que éstos estaban suficientemente cubiertos y siempre en función de la liquidez de la masa activa (art. 157. 3 LC).

Aún recogiendo el espíritu de la norma sobre antelación del pago en la liquidación ordinaria, que no es otro que dotar de liquidez lo antes posible a los acreedores, se advierten importantes diferencias en el pago adelantado, cuando se trata de la liquidación anticipada.

1. La nueva disposición no se ciñe a los acreedores ordinarios, sino que será válida también para los privilegiados y los créditos contra la masa.
2. En todo caso, el adelanto a los acreedores ordinarios estará condicionado por la previa cobertura de los créditos privilegiados o contra la masa. En cualquier caso – bien se anticipe el pago a créditos privilegiados, sobre la masa u ordinarios (cabría incluso adelantar el pago a los subordinados)- se exige del juez que adopte medidas cautelares (las que considere suficientes: aval, fianza...) que aseguren: a) su retorno, en el caso de resultar improcedentes los pagos efectuados; b) el pago de los créditos contra la masa todavía no producidos, pero que pueden surgir en el decurso de la actuación procesal.
3. La norma no excepciona la jerarquización de acreedores que dispone la LC para el pago de los créditos en el caso de liquidación ordinaria, sino que la adelanta a la conclusión de las impugnaciones que se hubieren promovido. Constatado por la experiencia adquirida el dilatado tiempo que transcurre entre la aprobación del plan

de liquidación ordinaria o su realización a través de la RLS y el fin de las operaciones, que demora en demasía el pago a los acreedores, la norma dispone no esperar siquiera a la resolución de las impugnaciones planteadas, mediante incidentes concursales, sobre el inventario o la lista de acreedores⁴⁶¹ o a la sentencia firme del Tribunal de apelación confirmando la aprobación del plan de liquidación anticipada, sino que autoriza su iniciación una vez haya aprobado el juez de instancia el plan y se esté procediendo a llevar a cabo las operaciones de liquidación de la masa activa⁴⁶². La norma no indica si cabe anticipar todo o parte del crédito incorporado por la administración concursal en la lista de acreedores impugnada, dejando a criterio del juez el importe del anticipo.

4. El juez no necesita que la administración concursal solicite la anticipación en los pagos, como ocurre para el pago adelantado a los acreedores ordinarios en la liquidación ordinaria; puede adoptar la decisión, *motu proprio*, aunque, en la práctica habitualmente será la administración concursal quien lo pida, a solicitud de aquellos acreedores que no hubieren impugnado la lista y que necesiten perentoriamente resolver sus necesidades de liquidez.

⁴⁶¹ Como anteriormente analizamos las impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores, resueltas mediante incidentes concursales, podrán reproducirse, previa formulación de protesta, en la apelación más próxima. Como norma de cierre a las impugnaciones planteadas, el art. 98 incorpora un nuevo párrafo, mediante el cual la resolución judicial que recaiga sobre el plan de liquidación y la apertura de la fase de liquidación, con la que finaliza la fase común, es apelable y tendrá la consideración de apelación más próxima

para reproducir aquellas impugnaciones.

⁴⁶² Entiendo que, aún aprobado el plan de liquidación, si las impugnaciones se dirigen al inventario, sobre todo en lo que respecta a una posible disminución de bienes o derechos o a una valoración inferior a los precios de mercado y sobre la cual se ha aprobado una oferta de compra, convendría paralizar las operaciones de liquidación y, en consecuencia, no habría lugar a pagos anticipados a los acreedores. Considero que el pago anticipado podría habilitarse si las impugnaciones traen por causa determinadas cuestiones sobre la lista de acreedores o sobre el propio auto de aprobación del plan de liquidación

VI. OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN DE LA EMPRESA

VI. 1 Consideraciones generales

Entre las novedades introducidas por la Ley Concursal y, más concretamente, por lo que respecta a la fase liquidatoria, llama particularmente la atención el plan de liquidación para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso.

En la legislación concursal española no existían precedentes sobre la elaboración de una estrategia mediante la cual se diseñara un procedimiento para conseguir optimizar el valor del patrimonio del deudor en liquidación. Siguiendo la tónica de la mayoría de las legislaciones concursales europeas, se procedía a la enajenación de los distintos bienes del quebrado, a lo sumo atendiendo a su distinta naturaleza; el artículo 1.084 del Código de Comercio de 1829 vislumbró una cierta regulación cuando indicaba que los síndicos propondrían al comisario de la quiebra la venta que conviniera hacer de los efectos mercantiles, para que el juez determinase lo más oportuno, aunque, por supuesto, no se alcanzase a reglamentar una verdadera planificación. La primacía de la transparencia en la liquidación de los bienes, conducía a un estereotipo de formalidades en su venta –fedatario público, procedimiento tasado, subasta pública... - lo cual conducía a una cierta postergación del objetivo principal de conseguir el mejor precio de los bienes y derechos en liquidación.

Por otra parte, en la fase liquidatoria del deudor quebrado –persona física o jurídica- con actividad empresarial, generalmente no se acertaba a considerar la empresa como un bien unitario, capaz de ser transmitido. En la liquidación de la quiebra de la empresa, aunque fuese de titularidad societaria, su activo se fragmentaba en tantos bienes y derechos como tradicionalmente venían existiendo –efectos, bienes muebles, inmuebles,... - sin atribuir a su conjunto una capacidad por sí mismo para ser objeto de tráfico jurídico.

En el Código de Comercio de 1885 y en las disposiciones referentes al convenio del quebrado, el artículo 928 permitía en las sociedades anónimas el traspaso de “la empresa”,

aunque expresamente inadmitiese el procedimiento cuando se tratase de la liquidación de estas sociedades. Por todo ello, la formulación de un plan de liquidación, evitando el desmembramiento del negocio para procurar obtener el mayor valor posible en su venta, resulta desconocido para la legislación concursal española, anterior a la ley vigente.

Este planteamiento liquidativo supone una novedad, no sólo por la aportación que un plan supone para optimizar la enajenación del activo en liquidación, sino también por la mención que el legislador hace de la empresa en liquidación, como factor de capital importancia en su configuración por el Derecho como objeto unitario. El deseo de conservar la empresa como un todo, aún en fase de liquidación, mediante su enajenación unitaria o de alguna de sus unidades productivas, procurando a la par la continuidad de los puestos de trabajo –sin perder de vista la consecución del mayor valor con que satisfacer a los acreedores- constituye un factor de gran transcendencia sancionado por nuestra LC, acorde con la mayoría de los ordenamientos concursales contemporáneos.

Por supuesto que la enajenación de la empresa, encuadrada en el plan de liquidación, ni es una exigencia legal incondicionada, ni debe considerarse como un objeto prioritario sin más, ya que su “factibilidad” tiene que estar obligatoriamente presente en el análisis de la sociedad deudora y de la administración concursal, a la hora de incluir su posibilidad de venta en el plan. El legislador ha dejado –suponemos que conscientemente- un amplio marco de flexibilidad al contenido de “lo factible” en la enajenación unitaria o por unidades productivas autónomas, así como en la forma de llevar a cabo la venta e, igualmente, del resto de componentes –precio, condiciones, adquirentes- que trae aparejada una enajenación, al haber sido silenciados en la norma.

Aportaremos algunas reflexiones en torno a la concreción de posibles soluciones satisfactorias ante la flexibilidad apuntada, que den mayor contenido, jurídico y técnico-económico, al análisis de la empresa –unitaria o por ramas de actividad- en cuanto objeto factible de enajenación, así como cubrir las lagunas de la normativa, en torno al resto de requisitos que trae consigo su venta.

La enajenación de la empresa como posible objeto del plan y su transmisión en el marco del mismo, constituyen su núcleo central. Las diferencias de la enajenación de la empresa en el convenio y en el plan centrarán la figura liquidatoria de la enajenación de la empresa y sus características específicas. La norma plantea la factibilidad de la enajenación unitaria o por ramas de actividad como requisito previo a su contemplación. Para llegar a la conclusión de esa factibilidad parece ser condición indispensable analizar la viabilidad de la empresa como un todo o –en su defecto- de alguna o todas sus unidades funcionales autónomas o ramas de actividad. Analizaremos también las causas de insolvencia insubsanables, que hacen inviable a una empresa, así como las que conducen al mismo resultado por imposibilitar la permanencia en la empresa de aquellos bienes y derechos necesarios para que continúe en actividad o bien por las que no resulta posible alcanzar el óptimo laboral con el que se hubiera conseguido su viabilidad. La valoración de la empresa será igualmente centro de atención, tanto en su forma unitaria, como por ramas de actividad, e incluso la de sus elementos por separado, ya que el plan de liquidación debería recoger aquella propuesta de enajenación, mediante la cual se obtuviese la mayor cobertura de los créditos de los acreedores, procurando la continuidad en la actividad y de los puestos de trabajo, siempre que ello no suponga un hándicap importante en perjuicio de los acreedores.

Iremos analizando las distintas fases del plan, elaborado tanto en la propuesta de liquidación anticipada como en la ordinaria, desde su presentación hasta lograr la resolución judicial firme con la que se aprueba el plan o se acuerda la liquidación conforme a las RLS en la liquidación ordinaria o bien se aprueba, en su caso, juntamente con el acuerdo de apertura de la fase de liquidación anticipada. En primer lugar, será objeto de estudio, el plazo. En la liquidación anticipada para la presentación de la propuesta por el deudor, su notificación al órgano colegiado concursal para su evaluación o propuesta de modificación; a las partes personadas y demás interesados para que puedan formular observaciones. En la liquidación ordinaria para la presentación del plan por el órgano colegiado concursal y su cómputo desde la notificación de la apertura de liquidación, como el señalado a la entidad deudora, acreedores y representantes de los trabajadores para formular observaciones y propuestas de modificación; el impuesto a la

administración concursal para la presentación de su informe sobre las observaciones o propuestas formuladas. Finalmente analizaremos el plazo del juez del concurso, en ambos procedimientos de liquidación, para dictar su resolución, así como los recursos habilitados hasta alcanzar su firmeza.

El contenido, en su caso, de las observaciones o propuestas de modificación del plan, la posible mesa de negociación con proposiciones concertadas entre las partes legitimadas para su formulación y, sobre todo, la posible aprobación provisional del plan hasta la resolución del expediente laboral que eventualmente se hubiera presentado, constituirán otros aspectos de nuestro análisis, procurando resolver las aparentes contradicciones a las que conduce la redacción de la norma.

Trataremos entre otras cuestiones controvertidas y sin tratar de ser exhaustivos, la ausencia de armonización que denota el deber impuesto a la sociedad deudora de presentar propuesta de plan, en caso de pedir la liquidación ordinaria con la solicitud de concurso, con la ausencia de relevancia que denota su no inclusión en fase alguna del procedimiento. Este plan parece quedar preterido en el decurso de la tramitación del concurso, ya que ni resulta evaluado normativamente en el informe que la administración concursal debe presentar al juez (art. 75LC), ni se le admite a trámite como ocurre, por el contrario, con las propuestas de convenio, anticipadas o no (arts. 106 y 114LC), ni se le nombra siquiera, a la hora de elaborar el plan de liquidación a presentar por el órgano colegiado concursal, una vez notificada la apertura de la fase de liquidación. Trataremos de interpretar el sentido de su inclusión, alumbrando las posibilidades de su aportación al concurso, incluso con anterioridad a la fase de liquidación.

Analizaremos igualmente, los problemas de dilación en la resolución del plan, que – tanto en la liquidación ordinaria como en la anticipada- comporta la imposición legal de cumplir con el expediente laboral iniciado *ex art. 64* –cuando se requiera la extinción o suspensión de contratos laborales o la modificación de condiciones de trabajo- antes de aprobar el plan de liquidación. La celeridad con que se quiere impulsar el procedimiento concursal - y la tramitación del plan no es una excepción- choca frontalmente con la

duración del procedimiento al que debe ajustarse el expediente laboral, a través del art. 64. Además, alcanzar sentencia firme, cuando se interponga la cadena de recursos prevista por la LC y la Ley de Procedimiento Laboral dilatará en demasía la solución final, pues, aunque no tengan efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso, la resolución que apruebe el plan deberá esperar al cumplimiento de lo dispuesto sobre el expediente laboral, dificultando, además, la venta de la empresa, ya que el posible adquirente no tomará su decisión hasta no conocer definitivamente el colectivo laboral con que contará la entidad.

VI.2 Concepto y finalidad del plan de liquidación

2.1 Concepto

Según el Diccionario de la Real Academia Española, plan es el modelo sistemático de una actuación pública o privada que se elabora anticipadamente para dirigirla o encauzarla.⁴⁶³ La Enciclopedia LAROUSSE⁴⁶⁴, con una mayor concreción, conceptúa al plan, en una de sus acepciones, como el conjunto de prescripciones y normas que se dictan para la realización de determinada actuación, en el que se definen los objetivos que se pretenden alcanzar y los medios que se precisan para lograrlos. En otra acepción, lo define como el programa o disposición detallada de una obra o acción y el modo de realizarla.

De estas definiciones podríamos inferir como notas características de un plan:

- a. Ser un modelo o programa de actuación.
- b. Dirigir esa actuación a alcanzar unos objetivos.
- c. Concretar los medios y la forma precisa para lograrlos.

⁴⁶³ VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Plan de liquidación”, en AAVV, *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*, dirs. ALONSO UREBA, A./ PULGAR EZQUERRA, J./ ALCOVER GARAU, G. /ALONSO LEDESMA, C. T. II, Ed. Dykinson, 2003. p.1322. Cita el DRAE, Edición 22ª.

⁴⁶⁴ GRAN ENCICLOPEDIA LAROUSSE, T. 18, edición en lengua castellana, Ed. Planeta 1997, p. 8657.

Centrándonos ya en el plan de liquidación concursal, cabría definirlo como el programa de actuación dirigido a la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso y puestos de manifiesto en el texto definitivo del inventario, prioritariamente mediante la enajenación, en su caso, de todas o alguna de sus unidades productivas de bienes y servicios, si ello fuera factible y lo más conveniente para los intereses del concurso⁴⁶⁵.

2.2 Finalidad

La finalidad principal del plan de liquidación es la realización de los bienes y derechos de la masa activa, es decir su conversión en dinero para satisfacer a los acreedores⁴⁶⁶, poniendo el acento en la consecución de la mayor rentabilidad posible al realizar los bienes y derechos del deudor concursado⁴⁶⁷. O dicho de otro modo, realizar los bienes que integran la masa activa, del mejor modo posible para maximizar su valor⁴⁶⁸. Finalidad principal y no única porque, juntamente con su fin tradicional, la Ley Concursal procura, mediante el plan de liquidación, la enajenación, en su caso, de las empresas, intentando lograr, si fuera factible, su venta unitaria o la de alguna de sus unidades productivas. De esta manera se otorga flexibilidad a la fase liquidatoria del concurso, brindando nuevas fórmulas de realización de los bienes y derechos del deudor concursado, como alternativa a la subasta judicial, cuando el patrimonio del concursado esté constituido por una empresa.⁴⁶⁹

⁴⁶⁵ Vid CABANAS TREJO, R., “Ley Concursal: Exposición sistemática y comentarios”, *La Notaría* 7-8, Vol. I, Col·legi de Notaris de Catalunya, Julio-agosto 2003, pp. 154 ss. Con otra óptica, BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, en AAVV, dirs. ROJO A.- BELTRÁN, E., *Comentario a la Ley Concursal, T. II, Thomson, Civitas, Madrid 2004*, pp. 2368-2376. Para este autor, el plan es más bien un proyecto que cumple, para la ejecución concursal, una función similar a la del convenio de realización, previsto en la LEC para la ejecución individual.

⁴⁶⁶ BELTRÁN, E., “Plan de liquidación, cit., p. 2375.

⁴⁶⁷ UCEDA OJEDA, J., “Operaciones de liquidación”, en AAVV, dir. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *Proceso Concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, La Ley, Madrid 2004 p. 691. Vid. También art. 1 de la ley sobre insolvencias alemana (InsO); en esta norma se sanciona, como una de las finalidades de la liquidación, satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante.

⁴⁶⁸ DE LA CUESTA RUTE, J.M., “La fase de liquidación”, *art. cit.*, p. 263..

⁴⁶⁹ MORALEJO IMBERNÓN, N., “De las operaciones de liquidación”, en AAVV, dir. BERCOVITZ, R./ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. II, Ed. 2004, pp. 1588-1589.

Hay que resaltar, de todas formas, que en el plan de liquidación ordinaria (art. 148 LC), así como en la propuesta anticipada de liquidación, no se alude expresamente a la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, como si se indica, sin embargo, en las RLS (art. 149. 1 .3ª LC). La Ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes y servicios integradas en la masa (Exposición de Motivos VII), pero no se pronuncia así, expresamente, al tratar del plan de liquidación. En consecuencia, la LC deja abierto el camino a enajenar no sólo la empresa en actividad, sino la unidad productiva de bienes y servicios inactiva, pero con capacidad potencialmente para volver a la actividad. Más aún, no cierra la posibilidad de la venta unitaria del activo empresarial, despojado de su valor inmaterial (*good will*) e incluso extinguidos la totalidad de sus contratos laborales, pero que conserva su consideración de unidad productiva.

Parece que el legislador ha querido modificar sustancialmente la inveterada finalidad concursal en el proceso liquidatorio, cual era la venta de bienes “según su naturaleza”, por otras vías, mediante las cuales se consiga aumentar el valor del patrimonio. Para ello, y por lo que respecta a la empresa, enfoca la liquidación hacia la venta unitaria del activo empresarial⁴⁷⁰ o de algunas de sus unidades productivas, siempre que ello sea factible. En nuestra opinión, la “factibilidad” no se refiere exclusivamente a una posibilidad técnica o incluso comercial. Pensamos que el legislador desea que se oriente la liquidación empresarial de su activo hacia la continuidad de la actividad, pero sin que ello suponga una merma del máximo valor a conseguir para los acreedores. Porque si se maximiza el valor con la venta, por separado, de sus unidades productivas, o incluso por elementos, hacia ese objetivo habrá que dirigir los esfuerzos de elaboración del plan. Y si para ello hace falta reducir puestos de trabajo e, incluso, la extinción de los contratos laborales – porque no es factible otra solución mejor que consiga el máximo valor- posiblemente habría que orientarse en esa línea de actuación⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ En el capítulo III analizamos la empresa (activo, pasivo, fondo de comercio, organización.....) y la de sus unidades productivas autónomas, bien en actividad o inactivas.

⁴⁷¹ La finalidad del Programa de liquidación en la reformada legislación italiana –D.lgs. 5/2006 y 169/2007-, en cierta manera equivalente al plan de liquidación, es conseguir una mayor satisfacción tanto en el porcentaje de distribución a los acreedores como en el tiempo de su reparto, para lo cual no debe prevalecer la conservación del complejo productivo y del nivel ocupacional –como ocurre en la Administración Extraordinaria- al interés de los acreedores en obtener el precio más alto, aunque puede coordinarse con él,

No hay que olvidar que la fase de liquidación concursal es, normalmente, el último paso a dar en el concurso, fracasada la negociación de los convenios propuestos, bien por la sociedad deudora o por los acreedores, bien por el imposible cumplimiento del convenio en vigor⁴⁷². Por ello, lo factible en la enajenación de la empresa va íntimamente unido a la idea de consecución del mayor valor, que se debe tener presente en la elaboración del plan de liquidación. Si vendiendo la empresa de forma unitaria no se consigue el máximo valor para los acreedores, en comparación con otras fórmulas de enajenación, será deber de la administración concursal presentar un análisis comparativo de las diversas posibilidades de enajenación, para finalmente decantarse por la que consiga dar mayor cobertura a los créditos de los acreedores. Si se consigue un mayor importe extinguiendo la totalidad de los contratos laborales, vendiendo la empresa paralizada, pero potencialmente activa y aún sin esa posibilidad, así habría de elaborarse el plan. Y por supuesto, vender la empresa en

ya que la protección de la conservación de la empresa no debe traducirse en una lesión –o una menor ventaja– para los acreedores. AMBROSINI, S., *La liquidazione dell'attivo*, art. cit., pp. 613 y 642-643. Es un acto simplificador y acelerador, que indica la modalidad y términos previstos para la realización del activo, FERRO, M., *Le Legge Fallimentare...*, o.c., p. 774; que planifica la liquidación, dándole una eficacia y tratando de optimizar cualquier actividad de las analizadas por el curador para maximizar el activo. ESPOSITO, C., *Il programma di liquidazione nel decreto correttivo*, art. cit., pp. 1078-1079.

El Plan de cesión, en la Ley de salvaguarda francesa de 2005, sirve tanto para la liquidación del patrimonio del deudor, como para su saneamiento e incluso para la reorganización de su actividad en el procedimiento de salvamento. En los objetivos del plan de cesión (art. L 642-1) no hay innovación: recoge las disposiciones del antiguo art L 621-83: asegurar el mantenimiento de actividades, susceptibles de explotación autónoma, de **todo o parte** de los empleos que le están vinculados y el pago del pasivo; que, por otra parte, coinciden con las funciones tanto del procedimiento de saneamiento judicial (art. L 631-1, párrafo 2º) como del de salvamento (art. L 620-1 párrafo 1º). Sin embargo, así como en la liquidación judicial, la cesión –total o parcial– de la empresa es su objetivo principal, lo es de forma subsidiaria en los procedimientos de saneamiento (art. L 631-22 y L 642-21) y de salvamento (sólo cesión parcial: art. L626-1 párrafo 2º y L 626-23). Vid. COQUELET, M.-L., “Le plan de cession....”, art. cit., RPC, pp. 129-131. Desde otra perspectiva PEROCHON-BONHOMME indican que la diferencia entre los procedimientos de salvamento y saneamiento con el de liquidación judicial estriba en que el salvamento o saneamiento de una empresa en dificultad consiste única o primordialmente en mantener la actividad de la empresa bajo la gestión del mismo deudor, mientras que la cesión no tiene lugar bajo la gestión del deudor., sino de un tercero La cesión es una forma de venta de todo o parte de los activos en funcionamiento, venta particular porque el cesionario no se obliga sólo a pagar el precio, sino sobre todo a mantener la actividad y el empleo. Su objeto no son unos activos a liquidar sino una actividad a explotar (art. L 642-1). PEROCHON, F.,- BONHOMME,R., *Entreprises en difficulté...*, o.c., pp. 403-404.

⁴⁷² La liquidación anticipada, como analizaremos en su momento, puede ser el primer paso del deudor después de la declaración de concurso –incluso concomitante a su solicitud–, bien por considerar inviable el convenio o por pensar que la liquidación de su patrimonio es más positiva para sus intereses y los de los acreedores. Conseguir el mayor valor será también el factor primordial, con la importante diferencia de proponer el deudor su propio plan, en lugar de dejar el planteamiento liquidatario en manos de la Administración concursal.

actividad, por evitar su cierre, a pesar de no ser competitiva, no debiera ser el camino a seguir.⁴⁷³

Observamos que las finalidades del plan de liquidación son más flexibles y abiertas que las contempladas en las RLS. En estas últimas, lo más conveniente para los intereses del concurso parece centrarse más –con carácter preferente, se indica en el art. 149.1.3ª LC- en garantizar la continuidad de la empresa –o de sus unidades productivas- y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. Esta expresión, “así como” implica un matiz difuso, incluso de cierta preterición, confirmado por su ubicación en el último lugar de las preferencias, a la hora de elegir entre las distintas ofertas de compra de la empresa. Parece como si el último recurso, con carácter de prelación, para obtener el máximo precio en la venta, dejado en las manos de la administración concursal y con posibilidades de intervención de los acreedores y la propia sociedad deudora, hubiera sido el plan de liquidación. Si su aprobación, por las razones que fueran, no ha sido posible, las reglas supletorias toman el relevo en las directrices de ejecución, con distinta apreciación en la prelación de los criterios con los que debe llevarse a cabo. Confirma lo expuesto, la ausencia –en las RLS- de los acreedores y de la deudora en la audiencia preceptiva ante el juez, que otras partes del proceso (los trabajadores) disponen antes de la adopción de resoluciones sobre la forma de enajenación de la empresa y en la adopción de la mejor oferta de compra y que, por el contrario, tienen una intervención activa –en forma de formulación de observaciones o propuestas de modificación al plan- antes de que el juez dicte auto sobre la adopción o no del plan de liquidación.

En definitiva, la finalidad del plan de liquidación ordinaria, sin ser distinta a la de las RLS, parece que difiere en el acento con que prioriza la maximizar el precio a conseguir en la venta, para satisfacer a los acreedores: fundamental y prioritario en el plan, sin minimizar la venta –total o parcial- de la empresa, en actividad o no, con trabajadores o

⁴⁷³ Es contraproducente salvar lo que no tiene viabilidad alguna en el mercado (a lo sumo se consigue retardar una crisis que luego vuelve ampliada y más insoluble todavía) VELASCO SAN PEDRO L.A., “Plan de liquidación”, cit., pág. 1323.

sin ellos; importante en las RLS, aunque la continuidad de la actividad de la empresa y de los puestos de trabajo (si su enajenación es lo más conveniente para los intereses del concurso) deba preferirse a obtener a ultranza el mayor precio en la venta de la empresa, cuando ello pueda dar al traste con su perdurabilidad y la de los trabajadores.

Por lo que se refiere a la finalidad de la liquidación anticipada -según se indica en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2009-, se trata de habilitar un tratamiento más adecuado a la solicitud de liquidación del deudor (se alude expresamente a la “inadecuación de alguna de sus previsiones”), “agilizar los trámites procesales” y “reducir los costes de la tramitación” del procedimiento. Parecía, en efecto, incongruente dejar en suspenso la petición de liquidación del deudor, presentada incluso conjuntamente con la solicitud de concurso voluntario, hasta que se pusiera fin a la fase común del concurso (al ponerse de manifiesto los textos definitivos del inventario y la lista de acreedores), constante su decisión de no proponer ni aceptar propuesta alguna de convenio. Además, el legislador eleva a operativa la propuesta de liquidación anticipada del deudor, hasta el punto de considerarla “único plan de liquidación”. No hay plan presentado por la Administración concursal. Sólo cabe que el órgano colegiado concursal evalúe la propuesta de liquidación del deudor o presente modificaciones a la misma. Además, las partes personadas y otros interesados –especialmente debemos incluir a los acreedores y representantes de los trabajadores- sólo formularán observaciones a la propuesta anticipada del deudor. La norma omite la posibilidad de plantear modificaciones, no ya a los acreedores (a quienes se les permite hacerlo en relación al plan de liquidación presentado por la Administración concursal), sino ni siquiera a los representantes laborales, a quienes se les reconoce ese derecho tanto respecto al plan de liquidación del órgano colegiado concursal como a las resoluciones que el juez vaya a adoptar según las RLS.

Respecto a la prioridad de objetivos a conseguir en la liquidación anticipada, parece que el legislador se ha inclinado más por el contenido de las RLS que por lo regulado en la norma respecto al plan de liquidación ordinaria (art. 148 LC), matizado por lo que resulte más conveniente a los intereses del concurso. De todas formas, el juez no va a estar

supeditado en su resolución a las RLS, ya que la norma únicamente le impone “tenerlas en cuenta”, no someterse a su dictado.

VI. 3 Sujetos legitimados para proponer un plan de liquidación ordinaria

3.1 Deudor

Cuando pida la liquidación juntamente con la solicitud de concurso voluntario, la sociedad deudora no sólo se le faculta, sino que “debe” acompañar a los documentos reseñados en el art. 6. 2 y 3 LC, una propuesta de plan de liquidación (art. 6.4 LC)⁴⁷⁴. En nuestra opinión, y sin que la Ley expresamente le obligue a ello, puede también acompañar tal propuesta a la solicitud de liquidación, presentada durante la fase común de concurso e incluso, a la solicitada una vez aprobado judicialmente el convenio, y en trámite de oposición, en el plazo de diez días desde la fecha de conclusión de la Junta (art. 128. 1 y 3 LC).⁴⁷⁵

De todas formas, parece que el legislador se haya olvidado de esa propuesta de plan de liquidación, ya que, en ningún momento posterior, se hace referencia al mismo. Podría no sólo incluirse o servir de base al informe que debe presentar la administración concursal, evaluando la propuesta de plan, como sustitutiva de las hipotéticas propuestas de convenio, imposibilitadas de presentación por causa de la solicitud de liquidación –lo cual si ocurre con la propuesta anticipada de liquidación presentada antes del informe-

⁴⁷⁴ Sobre si resulta suficiente cualquier contenido en la propuesta del plan de liquidación de la deudora, aunque sea genérica, para cumplir lo preceptuado, la conclusión a la que se llegó en el Congreso de Jueces especialistas, dada la total ausencia de su consideración en el art. 148 LC es que “la inadmisión (de la solicitud de liquidación) por su carencia o presencia meramente formal se muestra como solución excesivamente gravosa”. Documentos. IV Congreso de Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil”, RcP, nº 9/2008, p. 406. En la propuesta de liquidación anticipada (art. 142 bis.1 LC) tampoco se le impone al deudor la presentación de un determinado contenido. . Vid. sobre esta cuestión lo que indicamos en VI.5.2.

⁴⁷⁵ No parece que pueda considerarse obligatoria la presentación de un plan de liquidación por el deudor, diez días después de notificado el auto de declaración en el concurso necesario (art. 21.1.3º LC), ya que, aunque esta norma impone la presentación de los documentos enumerados en el art. 6 -uno de los cuales es el referido plan de liquidación- no es menos cierto que la obligatoriedad de presentar esa propuesta de plan se refiere exclusivamente a la solicitud de liquidación presentada por el deudor, juntamente con la petición de concurso voluntario (art. 142.1.1º LC en relación con el art. 6.4 LC).

(art. 75. 2-3° LC), sino sobre todo pensando en la viabilidad o no de la empresa concursada y en las consecuencias que de ello se derivan. También cabe su análisis como observación del deudor al plan de liquidación presentado por la administración concursal (art. 148.2 LC), que deberá ser analizada por ese órgano antes de informar al juez de su contenido.

De todas formas, se echa en falta su inclusión expresa, sobre todo en el contenido del informe a presentar al juez, tanto para conocer la opinión de la sociedad deudora sobre la viabilidad de su empresa, las razones que le llevan a proponer la liquidación, en lugar de una propuesta anticipada de convenio o esperar a conocer posibles propuestas de convenio por parte de los acreedores, e incluso con el fin de facilitar la tarea a los posibles expertos independientes sobre el análisis de la viabilidad o no de la entidad concursada (art. 83. 1 LC).

3.2 Administración concursal

El segundo sujeto –por orden de cronología- legitimado para presentar al juez un plan de liquidación- en la liquidación ordinaria- es la administración concursal. Ya el ALC de 1959, en su art. 75, recogía la redacción de un proyecto de liquidación del activo⁴⁷⁶ por los administradores, el cual se sometería a deliberación de la junta de acreedores; una vez aprobado y homologado por el juez, abría la operativa de la liquidación. El ALC 1983 (art. 244) recogía en parecidos términos lo reflejado en el anterior Anteproyecto. El plan presentado por el síndico, una vez aceptado por la junta de acreedores, se sometía a la aprobación judicial. En defecto de plan regularmente aprobado se seguirían las normas de carácter supletorio –en el mismo sentido, el art. 76 del ALC 1959- para practicar las operaciones de liquidación de la masa activa. La junta de acreedores que aceptase el plan, designaría una comisión delegada para el asesoramiento del síndico y la vigilancia de las operaciones de liquidación. En el ALC 1995 se retorna a la denominación “proyecto” de liquidación, con la importante particularidad de la no aprobación por el juez del proyecto;

⁴⁷⁶ El art. 210 del ALC 1959 lo denominaba también “Plan de liquidación”.

tan sólo conoce el aprobado por la comisión de acreedores, previamente elaborado y presentado por los síndicos (órgano plural constituido por un jurista, un auditor y un acreedor, sustancialmente similar al órgano tripartito de la LC vigente). El juez no conserva la prerrogativa última de autorización o rechazo del proyecto, reservándose esta facultad a la comisión de acreedores.

El texto del PLC 2002 es prácticamente coincidente con el que resulta finalmente aprobado en la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal. La administración concursal (denominación actualizada de la sindicatura), formada por 3 administradores, elabora el plan de liquidación para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa concursal. Es el juez el que, finalmente, aprueba, en todo o en parte, el plan, atendidas o no las propuestas u observaciones de la deudora, acreedores y representantes de los trabajadores. El papel de los acreedores queda reducido finalmente a una mera propuesta. Se acrecienta la función del juez –comparativamente con su papel de “mero conocedor” del plan aprobado por la comisión de acreedores, según el ALC 1995– rebajándose las prerrogativas de los acreedores a la formulación de observaciones o propuestas, e incluso la presentación de un plan alternativo, pero sin ninguna fuerza de obligar, quedándoles el recurso de apelación, como última medida para hacer valer sus intereses. Centrados ya en el articulado de la Ley Concursal la administración concursal⁴⁷⁷, por contraposición a la deudora, tiene siempre el deber de presentar el plan

⁴⁷⁷ En la *legge fallimentare* italiana reformada (art. 104 ter, 1º) el programa de liquidación es un acto de competencia exclusiva del curador (equivalente a nuestra administración concursal) y por tanto no delegable a terceros. Ni el quebrado, ni los acreedores pueden elaborarlo. El curador prepara un plan sobre la base del análisis de la realidad y de las condiciones de mercado; define con apreciable grado de detalle las líneas maestras de la administración de patrimonio del quebrado; analiza las posibles opciones operativas y manifiesta la preferencia por aquellas que –según su valoración, apoyada en un análisis de razonabilidad– parezcan las más idóneas para tutelar de la mejor manera los intereses de la masa pasiva. AMBROSINI, S., *La liquidazione dell'attivo*, art. cit., p. 623. GUGLIELMUCCI, L., *Diritto Fallimentare...*, o.c., p. 236. Una vez terminado –en un plazo de 60 días desde la redacción del inventario– y sin tener en cuenta la aprobación definitiva del pasivo, lo presenta al Comité de acreedores, quien podrá proponer al curador las modificaciones que considere convenientes antes de aprobar definitivamente el programa. Una vez aprobado, el juez delegado autoriza la ejecución de cada uno de los actos a realizar por el curador, siempre que –de acuerdo con la legalidad– sean conformes al programa (art. 104 ter, 8º *legge fallimentare*). El planteamiento sobre la regulación de un plan de cesión en la nueva Ley concursal francesa no sigue la sistemática italiana y española, ya que el contenido del plan viene determinado en la propia ley (art. L 624-2-II). Los ofertantes deberán acomodar sus ofertas de compra a lo dispuesto en ella, remitiéndolas al liquidador y al administrador si hubiere sido nombrado. El Tribunal resuelve, aprobando uno o varios planes de cesión; el liquidador, y el administrador en su caso, colaboran en remitirle toda la información necesaria,

(art. 148.1LC), la cual sólo está obligada si utiliza la facultad de solicitar la liquidación ordinaria, juntamente con la solicitud de concurso. Su deber es presentarlo en plazo: 15 días desde la notificación de resolución de apertura, o hasta un mes, si el juez admite la prórroga. La sociedad deudora, por causa motivada, podía, como anteriormente expusimos, retrasar su presentación que, en principio, debía llevarse a cabo junto con la petición de liquidación en la solicitud de concurso, sin que legalmente se le fijase un plazo perentorio para hacerlo (art. 6.5 LC). El plan será presentado por la administración concursal, como órgano colegiado⁴⁷⁸, al tratarse no de un acto de ordinaria gestión, sino de la máxima importancia para la adecuada realización del patrimonio del deudor (art. 35.2 y 4 LC). Sin embargo, y respecto a su elaboración, consideramos que, aunque no puede delegarse a terceros (auxiliares delegados, art. 32), cabe, en cambio, asesorarse de expertos independientes, ya que si es posible tal ayuda para la valoración del patrimonio (art. 83.1 LC), cuanto más será necesaria para la adecuada elaboración del plan, del cual, la valoración de bienes y derechos es una parte, aunque no de menor importancia. Además, la administración concursal propone al juez, tanto el nombramiento de expertos, como los términos de su encargo, que muy bien podrían ser, en su caso, ayudar al buen fin de la elaboración del plan de liquidación (art. 83.1 in fine LC)⁴⁷⁹.

No existe una sanción expresa para la administración concursal en caso de incumplimiento de su obligación de presentar el plan de liquidación⁴⁸⁰ o de presentarlo, sin causa justificada, fuera de plazo, como ocurre en el incumplimiento del plazo en la presentación del informe (art. 74 LC) o por prolongación indebida de la liquidación (art. 153 LC), e incluso por el incumplimiento de la obligación de presentar en plazo los

preceptuada legalmente, siendo oídos –al igual que el deudor y el comité de empresa- antes de emitir la resolución pertinente. Sin embargo, cuando el Tribunal hubiera autorizado el mantenimiento de la actividad de la empresa- ante la posibilidad de su cesión total o parcial-, el liquidador puede preparar un plan de cesión, incluyendo despidos, con arreglo a las condiciones previstas en el art. L 631-17, pudiendo proceder a su realización (art. L. 641-10).

⁴⁷⁸ Vid. BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, cit., págs. 2372-2373.

⁴⁷⁹ En contra BELTRÁN, E., “Plan de liquidación” cit., pág. 2373. Tampoco se prescribe sanción expresa en la *legge fallimentare* por incumplimiento del plazo de presentación del programa de liquidación. Sin embargo, en contra de la opinión mayoritaria, ESPOSITO sostiene la naturaleza perentoria del plazo, en coherencia con el principio de celeridad que inspira la redacción del programa. ESPOSITO, C., *Il programma di liquidazione...*, art. cit., pp. 1084-1085.

⁴⁸⁰ UCEDA OJEDA, J., “Operaciones de liquidación”, cit., pág. 693.

informes trimestrales, a partir de la apertura de la fase de liquidación (art. 152 LC). Acogiéndonos a las reglas sobre responsabilidad de los administradores (art. 36 LC), y puesto que el mencionado incumplimiento es un acto contrario a la Ley, cabe pensar que existirá una responsabilidad solidaria de los mismos, pudiendo exonerarse quien pruebe que hizo lo conveniente para presentar el plan, pudiendo ser separados de su cargo y condenados a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por su actuación. Sin embargo, no perderían el derecho a su remuneración ni devolverían lo percibido, ya que esa sanción es específica para los administradores que no presenten en plazo el informe (art. 74.3 LC). De todos modos considero que dada la importancia del cumplimiento en plazo de la presentación del plan –a nuestro juicio superior a la presentación trimestral de informes sobre el estado de las operaciones de liquidación- debiera incluirse expresamente una disposición sancionatoria tanto a la ausencia de su presentación como a su cumplimiento fuera del plazo normativamente establecido.

Por supuesto que, si se cumple formalmente con la obligación de presentar el plan en plazo, pero su contenido es tan genérico o parcial, que no cumple debidamente con los intereses del concurso, será el juez quien, al sustanciarse la acción de responsabilidad contra los administradores, evaluará si su actuación ha sido realizada sin la debida diligencia. En caso que la sentencia fuera absolutoria, el juez podrá, en todo caso, acordar la liquidación conforme a las RLS. Si procediere la separación de todos o de parte de los administradores, el juez podría nombrar a otros, los cuales se encargarían de elaborar el plan de liquidación⁴⁸¹

⁴⁸¹ Sin entrar en un análisis en profundidad, indicaremos que no parece muy adecuada la composición de la terna de administradores, por lo que se refiere a las condiciones subjetivas del segundo miembro que integra el órgano (art. 27.1.2º LC). La mayoría de los concursos de acreedores serán declarados respecto a empresas (ostentada su titularidad, sobre todo en el procedimiento ordinario, por personas jurídicas). Un auditor de cuentas o un titulado mercantil, por el solo hecho de su titulación, debiera ayudar en el procedimiento más como experto independiente que como miembro del órgano clave del concurso. Mejor, quizá, hubiera sido configurar subjetivamente ese miembro, como un conocedor de la administración de empresas, con una cualificación y una experiencia probadas en su organización y dirección (IESE, ICADE, Instituto de Empresa, Banca de negocios, CEOE, CEPYME, etc.)

VI.4 Contenido del plan de liquidación

4.1 Consideraciones generales

Aunque el plan de liquidación está preceptuado para llevar a cabo la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, tanto si se refieren al patrimonio de una persona física, en su actividad personal o empresarial o de una persona jurídica, centraremos nuestro análisis en el plan dirigido a preparar la liquidación del patrimonio empresarial, en especial el de la sociedad de capital. Más allá de su finalidad – la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso- la Ley, mediante su silencio, deja amplio margen de flexibilidad para la elaboración del plan (para la propuesta anticipada del deudor no hay orientación expresa alguna), el cual puede contener criterios relativos a la forma de realización de los bienes, pormenores sobre su ejecución, con la orientación de obtener el mayor precio en su enajenación, para cubrir los créditos de los acreedores y, si fuera posible, de los socios de la entidad deudora, en su condición de acreedores residuales, siempre procurando no dilatarse en el tiempo, para evitar el deterioro y envilecimiento de los bienes.⁴⁸²

Si bien el marco de libertad en la configuración de la realización del patrimonio empresarial es muy amplio, el plan debería recoger necesariamente si la venta se llevará a cabo de forma unitaria o no, los precios que servirán de base y los medios que se emplearán para conseguir su enajenación⁴⁸³, teniendo como soporte y marco de actuación

⁴⁸² DE LA CUESTA RUTE, J.M^a, “La fase de liquidación”, cit., p. 267.

⁴⁸³ UCEDA OJEDA, J., “Operaciones de liquidación”, cit., p. 693.

En contraposición a la falta de concreción en el contenido del plan de liquidación, la ley concursal italiana (art. 104 ter del Decreto *correttivo*), partiendo de un inventario en el que la completa inclusión de los bienes y su valoración son presupuesto indispensable, se articula el programa de liquidación que constituye un acto de planificación que contenga las líneas maestras tanto en la modalidad de su realización como en el *planing* temporal de actuación, circunscrito en esencia a especificar la posibilidad de cesión unitaria de la empresa, de sus ramas, bienes y derechos en bloque, juntamente con las condiciones de venta de la opción elegida. AMBROSINI, S., La liquidazione dell’attivo, art. cit., pp. 625 a 627. SCHIANO DI PEPE, G., *Il Diritto Fallimentare...*, o.c., p. 447. El programa debe tratar también la conveniencia de continuar o no de forma provisional la actividad de la empresa; de ejercitar acciones resarcitorias, recuperatorias o revocatorias; la subsistencia o no de propuestas de convenio, que pudieran estar en tramitación, ya que su no aprobación en junta de acreedores o, finalmente su falta de homologación judicial, significarían automáticamente la ejecución de los actos de liquidación, autorizados por el juez delegado. Además, cuando se presenten

—en la liquidación ordinaria; en la propuesta anticipada posiblemente si se presenta después de notificado el informe- el inventario de la masa activa elaborado por los propios administradores del concurso (art. 82 LC), ⁴⁸⁴con las modificaciones que procedan, una vez sustanciadas las impugnaciones (art. 96.4LC)⁴⁸⁵, incluidos los bienes sujetos a créditos con privilegio especial (art. 90), los adquiridos con posterioridad por el concursado, los reintegrados a la masa activa (art. 76.1), deduciendo los que hubieran sido objeto de separación (art. 80) y los enajenados durante la actividad de la entidad concursada (arts. 43.3, y 44.2 LC).

Pero no sólo el inventario de la masa activa constituirá el instrumento básico en la elaboración del plan; también podría serlo la propuesta de plan presentada por la deudora, caso que hubiera pedido la liquidación ordinaria con la solicitud de concurso o lo hubiera presentado con esa petición en fases posteriores, siempre antes de la puesta de manifiesto de los textos definitivos del inventario y la lista de acreedores en la secretaría del

circunstancias extraordinarias sobrevenidas, el curador puede presentar un suplemento al programa (art. 104 ter, 2º y 5º de la ley de quiebras).

El contenido del plan de cesión, en la *Loi de sauvegarde* francesa de 2005, está constituido por todos los compromisos suscritos en la mejor oferta, aprobada por resolución del Tribunal. Como ya indicamos con anterioridad el legislador francés ha optado por configurar en una norma (art. L 642-2-II) el conjunto de cuestiones que el oferente deberá incluir en su oferta, en especial los bienes, derechos y contratos sobre los que recae la oferta (manteniendo en todo o en parte la actividad), modalidades de pago, origen de los recursos necesarios (propios, de terceros...) , nivel y perspectivas de empleo, garantías suscritas para asegurar la ejecución de la oferta y previsiones sobre cesión de activos durante los dos próximos años. Precisiones que son esenciales y que determinan, salvo raras excepciones legales, la amplitud máxima de las obligaciones del cesionario Vid. GUERNELLI, m., “La reforma delle procedure...”, art. cit., p. 282. PEROCHON, F., “El nuevo Derecho francés...”, art. cit., p. 95.

⁴⁸⁴ La propuesta por el deudor de liquidación anticipada puede apoyarse en el inventario de la masa activa elaborado por la Administración concursal solamente cuando se presente después de que el juez haya recibido su informe, al que va unido el inventario de la masa activa (art. 75. 2.1º LC), siempre que el órgano judicial le permita utilizarlo, dado el corto espacio de tiempo —quince días— que transcurre entre la presentación del informe al juez —y su notificación (art. 95.2 LC)— y el de la propuesta anticipada a presentar por el deudor. Si el plan en la liquidación anticipada se presenta antes que el juez tenga en su poder el informe, obviamente el deudor fundamentará su propuesta en los datos y documentos aportados con la solicitud de concurso voluntario (art. 6.2 LC), al igual que lo haría en la propuesta que debe acompañar obligatoriamente a la solicitud de liquidación ordinaria (art. 6. 4 LC).

⁴⁸⁵ El plan que acompaña a la solicitud de liquidación anticipada no podrá recoger las modificaciones que eventualmente pudieran introducirse en el inventario, a causa de las impugnaciones, ya que éstas —presentadas en plazo de 10 días desde la comunicación del inventario a las partes personadas y demás interesados— y resueltas mediante incidente concursal, necesitarán un plazo muy superior al recogido en el art. 142 bis.1 LC para poder presentar la propuesta anticipada de liquidación.

Juzgado⁴⁸⁶ y, excepcionalmente, con la solicitud de liquidación presentada en plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio (art. 128.3 LC). Esta propuesta de plan de la deudora, aunque sin ser vinculante para los administradores del concurso, tiene el valor que le confiere su elaboración por quien conoce en profundidad los puntos fuertes y débiles de la empresa y su posible proyección de futuro. Convendría que sus sugerencias fuesen valoradas, en sus justos términos, por los administradores, siempre con las miras puestas en extraer lo que consideren necesario para dar cumplimiento a los fines del concurso que, en ocasiones, pudieran no ser coincidentes con los intereses de la deudora.

Esta consideración sobre la propuesta de plan de la sociedad deudora, ponderando en profundidad sus orientaciones, hubiera sido conveniente que se hubiera producido por los administradores del concurso, en un anterior momento procesal, es decir, a la hora de elaborar su informe. Parece ilógico que el deber de inclusión se refiera sólo (art. 75.2,3º LC) al escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubieran presentado, sin añadir la misma evaluación sobre la eventual propuesta del plan de liquidación ordinaria del deudor⁴⁸⁷, máxime cuando la propia Ley cierra la puerta a cualquier convenio, si hubiera habido petición de liquidación ordinaria -con la solicitud de concurso o en momento posterior- obligando, en el primer caso, o permitiendo, en el segundo, la presentación de una propuesta de plan.

Cabe hacer una somera reflexión sobre la posibilidad de incluir en el plan de liquidación la *datio pro soluto*⁴⁸⁸, es decir, la transmisión de la propiedad a los acreedores de los bienes y derechos del patrimonio empresarial, tal y como –mediante la libertad de pactos quebrado-acreedor (art. 898 C.Co.), se daba en la práctica, en la antigua regulación de la quiebra. Los convenios liquidatorios constituían, en ocasiones, el procedimiento más

⁴⁸⁶ MORALEJO, N., De las operaciones de liquidación”, cit., p. 1592. RUBIO VICENTE, P.J., “La enajenación de la empresa en la nueva Ley Concursal”, en RdS, nº 22, 2004/1, p. 132. Para UCEDA, como ya hemos señalado, el plan presentado por el deudor es el que debe someterse a debate, sin necesidad de que la administración concursal presente uno nuevo. Vid. UCEDA OJEDA, J., “Operaciones de liquidación”, cit., p. 692.

⁴⁸⁷ Omisión rectificada, sólo respecto al programa de liquidación anticipada, ya que la administración concursal deberá incluir una evaluación de dicha propuesta (art. 75. 2, 3º modificado LC).

⁴⁸⁸ Entendemos que la *datio pro solvendo* no tiene cabida actualmente, ya que el papel que pudieran llevar a cabo los acreedores en la venta del patrimonio de la deudora, lo realizan los administradores concursales.

ágil y de mejores posibilidades de venta que la subasta o la venta a través de fedatario público (arts. 1084 a 1088 C.Co. 1829 y art. 1358 LEC 1881)⁴⁸⁹. Los diversos Anteproyectos recogían igualmente esta figura⁴⁹⁰.

Algún sector doctrinal apoyándose en la prohibición absoluta (“en ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos” (art. 100.3LC) que la Ley concursal dispone para el contenido de la propuesta de convenio, opina que no parece que sea admisible su utilización, tampoco en fase de liquidación y, en consecuencia, inadmiten su inclusión en el plan de liquidación a elaborar por los administradores concursales⁴⁹¹.

Sin embargo, así como en los convenios se pretende con su prohibición que se dé cobertura a una solución distinta –no liquidatoria-, nada expresa el legislador sobre la extensión de la prohibición de la cesión en pago del patrimonio de la deudora a los acreedores y tampoco de su posible inclusión en el plan de liquidación⁴⁹². En nuestra opinión, no es descartable tal solución, siempre que se respete la *par conditio creditorum* y no se opongan a ella los acreedores, la sociedad deudora o los representantes de los trabajadores.⁴⁹³ De todas formas, parece más factible que soluciones en la línea de la *datio pro soluto*, puedan proceder de las propuestas de modificación efectuadas por la entidad deudora y/o los acreedores al plan presentado por los administradores, que en la propuesta de plan presentada con la petición de liquidación junto a la solicitud de concurso⁴⁹⁴ e indudablemente en la propuesta de liquidación anticipada que pudiera presentar la sociedad deudora.

⁴⁸⁹ MORALEJO, N., “De las operaciones de liquidación”, cit., p. 1586-1587

⁴⁹⁰ MORALEJO, N., cit., p. 1587. El ALC 1959 contemplaba en la regulación del concordato, la posible cesión total o parcial de los bienes del deudor. En el ALC 1983 (art. 228) y PALC 1995 (arts. 163 y 164), se exigía expresamente, para la validez de la cesión, el consentimiento individualizado de los acreedores cesionarios.

⁴⁹¹ RUBIO VICENTE, P.J., “La enajenación de la empresa ...”, cit., p. 122.

⁴⁹² Vid. MORALEJO, N., “De las operaciones de liquidación”, cit., pp. 1589-1590.

⁴⁹³ MORALEJO, N., cit., pág. 1590, opina que debe descartarse la admisibilidad de estos convenios en la fase de liquidación. A su juicio, serían posible las adjudicaciones de bienes singulares a los acreedores, siempre respetando el orden de pago de los créditos.-

⁴⁹⁴ Vid. En esta línea MORALEJO, N., “De las operaciones de liquidación, cit., p. 1590.

El legislador, dentro de la parquedad de criterios relativos al contenido del plan, da un paso adelante por lo que se refiere a un patrimonio específico de la sociedad concursada, cuál es el activo empresarial, concretado en sus establecimientos, explotaciones u otras unidades productivas de bienes y servicios. Su realización deberá contemplar la vía de la enajenación unitaria del conjunto o de parte de sus unidades productivas. Y ello, siempre que, a juicio de la administración concursal, sea factible. Aunque trataremos en profundidad las distintas vertientes de este mandato del legislador, tan sólo señalaremos ahora, el distinto planteamiento diseñado en el art. 148 para la enajenación del activo empresarial de la sociedad deudora, respecto al establecido para el mismo supuesto en las RLS (art. 149). El legislador no indica que el plan de liquidación deba orientarse a la enajenación del activo empresarial. Tan solo se limita a ordenar “que se contemple”, es decir, que no se orille el planteamiento de su enajenación. Pero, además, seguimos recogiendo el mandato del legislador, ese tratamiento no debe llevarse a cabo en todos los casos, sino tan sólo cuando sea “factible”. En las Reglas Supletorias desaparece el análisis de factibilidad, así como contemplar, como uno de los posibles escenarios, la enajenación. En ellas, el legislador taxativamente “impone la enajenación como un todo” de los establecimientos, explotaciones o unidades productivas de la deudora. Como solución alternativa, con informe de los administradores, y si el juez lo estima más conveniente para los intereses del concurso, podrá autorizar la venta de parte de sus unidades productivas o de sus elementos, por separado.

Por otra parte, el legislador, en lo referente al plan, no se refiere expresamente a la empresa en actividad; tan sólo a su posible enajenación, pudiendo, por tanto, venderse la empresa inactiva. El art. 149.1.3º LC, sin embargo, impone, con carácter preferente, a la hora de elegir entre las diversas ofertas de compra presentadas, aquéllas que garanticen la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo.⁴⁹⁵ Al parecer, el legislador estaría

⁴⁹⁵ El legislador español, siguiendo la formulación francesa de la Ley en vigor cuando se aprobó la LC, (el Juez escogerá la oferta más seria y que permita en las mejores condiciones la conservación duradera del empleo y el pago a los acreedores (art. 155 párr. 5º. Ley de saneamiento y liquidación de empresas de 1985, con posterior reforma en Ley 1994) , parece haber dado, sin embargo, un matiz más tenue al pago de los créditos, ya que en el párrafo 3º del art. 149.1 impone la preferencia a las ofertas “que garanticen la continuidad de la empresa o en su caso de las unidades productivas y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores. El “así como”, separado de la primera y doble

subordinando la consecución del mayor valor de la oferta de compra –y por tanto la mayor satisfacción de los acreedores- a la continuidad de la actividad empresarial y de los puestos de trabajo. Este importante extremo no aparece en la posible enajenación de la empresa a incluir en el plan de liquidación. Además, la intervención facultativa de la sociedad deudora y los acreedores, previa a la resolución que se adopte por el juez sobre la enajenación, así como en la elaboración y decisión sobre las ofertas de compra, brilla por su ausencia en las Reglas Supletorias. Sólo a los representantes de los trabajadores se les permite intervenir y ser oídos. Solución que difiere frontalmente de la postura del legislador al tratar el plan de liquidación, admitiendo, en la norma que lo regula, que deudora y acreedores formulen observaciones y propuestas de modificación al plan.

Para concluir esta sucinta reflexión, cabe señalar que, a la entidad deudora y a los acreedores, les interesa que discurra la liquidación por los derroteros del plan, no sólo por el marco de flexibilidad que permite a la administración concursal en la formulación de su contenido y en la propia operativa, sino sobre todo porque el acento en la consecución del mayor precio en la enajenación del patrimonio empresarial late en su norma reguladora con mayor fuerza que en las Reglas Supletorias (contemplar la enajenación de la empresa se supedita a su factibilidad y una de las facetas de “ser factible” es –como más adelante analizaremos- maximizar la satisfacción de los acreedores), teniendo, además, sociedad

preferencia, parece dejar en un segundo plano la mayor consecución de cobertura de los créditos de los acreedores. No existe, está claro, prelación de criterios, a la hora de establecer la preferencia, pero la formulación de la misma refleja el propósito del legislador de poner en primer lugar la actividad de la empresa y la continuidad de los puestos de trabajo, antes que elegir, a ultranza, aquella oferta que ofrezca el mayor precio por la empresa, en todo o en parte, objeto de enajenación. La nueva Ley de salvaguarda francesa de 2005, continúa con similar criterio (“el Tribunal selecciona la oferta que garantice las mejores condiciones para el mantenimiento del empleo vinculado a la actividad cedida y para el pago de los acreedores”), si bien que conectado con la actividad de la empresa, aunque introduce, como nuevo criterio de selección, la presentación de mayores garantías de ejecución (art. L. 642-5).

La *legge fallimentare* italiana, en su programa de liquidación (Decreto *correttivo*, art. 104 ter, 2º d)) recoge la posibilidad de cesión unitaria de la empresa, de sus ramas de actividad o bienes y derechos en bloque, con la importante precisión de que mediante su cesión se consiga una mayor satisfacción para los acreedores que a través de la liquidación de sus elementos separados (art. 105 1º). Resalta esta redacción expresa con la omisión por lo que se refiere al plan de liquidación en nuestra LC (tan sólo se dispone que sea factible la enajenación unitaria del conjunto. 148. 1 LC), si bien en las RLS (art. 149.1.1ª) se deja a la estimación del juez, previo informe de la administración concursal, la venta de ramas de actividad, o por elementos separados, si ello fuera más conveniente para los intereses del concurso. Resaltar que “los intereses del concurso” en nuestra LC, se traducen en “satisfacción de los acreedores” para la *legge fallimentare*.

deudora y acreedores la posibilidad, con sus propuestas, de modificar la decisión del juez, lo cual no parece posible en las RLS.

4.2 La transmisión de la empresa en el marco del plan de liquidación

4.2.1 Diferencias de la enajenación de la empresa en el ámbito del convenio y en la liquidación

En nuestra Ley Concursal se regula la enajenación de la empresa tanto en la fase de convenio como en la de liquidación. La Exposición de Motivos (VII) recoge la finalidad conservativa de la actividad empresarial, expresando que “aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un “convenio de continuidad” puede ser el instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses”. Incurra la entidad deudora en la fase de liquidación, aún en este caso, la Ley procura (Exposición de Motivos VII) “la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o de algunos de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa”.

La esencia del convenio, y lo que le distingue en primer lugar de la liquidación, es su carácter negociado sociedad deudora-credores (aún necesitando de aprobación judicial), otorgándole un carácter predominantemente contractual⁴⁹⁶. No puede faltar el consentimiento de la deudora ni el de la comunidad de acreedores; debería, por tanto, tener el contenido que deudora y acreedores considerasen conveniente y los efectos que ellos determinasen, de acuerdo con la libertad de pactos establecida en el art. 1255 Cc. Sin embargo, el art. 100 LC ha restringido, en parte, esa libertad, estableciendo un marco de

⁴⁹⁶ PULGAR EZQUERRA, J., “Contenido de la propuesta de convenio”, cit., p. 981.

actuación al que deben circunscribirse las partes⁴⁹⁷. Por el contrario, las operaciones de liquidación tienen una dimensión forzosa, unilateral y cuasi judicial, en las que el juez, con la ayuda de la administración concursal, tiene el poder de decisión que le confiere la Ley, con un amplio margen de actuación, reduciendo la función de la entidad deudora y los acreedores a un papel secundario, en el que sus propuestas no pasan de meras formulaciones, que pueden o no ser recogidas como modificación del plan de liquidación, sin que les quepa otra salida que un recurso de apelación, de incierto resultado⁴⁹⁸.

4.2.2 Finalidad de la enajenación en el convenio y en la fase liquidatoria

La finalidad conservativa, en todo o en parte, de la actividad empresarial, como así se expresa en la Exposición de Motivos, es similar tanto en el convenio como en la fase de liquidación, marcando el acento, de modo expreso, en su viabilidad, si se trata de una solución convenida, y en lo que fuere más conveniente para los intereses de concurso, en la operativa liquidatoria. Por otra parte, esa finalidad del convenio cabe desarrollarla de varias maneras: la primera, conservando la sociedad concursada la titularidad de la empresa. Para ello, la LC pone a su disposición las proposiciones de quita (hasta un 50% de los créditos ordinarios) y espera (hasta 5 años), pudiendo el juez ampliar esos límites, cuando concurren circunstancias especiales. Estas proposiciones –una de ellas o ambas– son las que necesariamente deberá contener la propuesta de convenio. Secundariamente, la Ley brinda proposiciones a los acreedores de conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales o bien créditos participativos. En tercer lugar, la Ley contempla la posibilidad de propuestas de enajenación, además de la fusión o escisión de la persona jurídica concursada.

⁴⁹⁷ DE LA CUESTA RUTE, J.M., “La fase de liquidación”, cit., p. 268.

⁴⁹⁸ De todas formas, y aunque la prevalencia deudora-credores sobre el juez en el convenio es trascendente, no deja de concedérsele a éste un papel importante en distintos momentos del convenio; citamos, sin carácter exhaustivo: cuando se quieran superar los límites de quita y espera (art. 100.1); en la aprobación o rechazo del convenio aceptado (arts. 130-131); al poder dejar sin efecto la propuesta anticipada de convenio o la continuación de su tramitación (art. 107.2) o el declarar aprobada la propuesta anticipada de convenio (art. 109. 2).

El convenio propugna la solución conservativa de la empresa; sin embargo, su enajenación es una de las posibilidades a contemplar y, por su disposición en el precepto (art. 100.2. II) no es a la que el legislador presta particular atención, en el orden de prioridades⁴⁹⁹. No así ocurre en las operaciones de liquidación. El art. 148.1 exige a la administración concursal, como deber, presentar un plan para la realización de los bienes y derechos de la deudora, integrados en la masa concursal, en el cual se deberá contemplar, siempre que sea factible, la enajenación unitaria de todo o parte de la empresa de la sociedad concursada.

Parece claro el distinto acento que el legislador pone en la enajenación de la empresa al tratar del convenio y de la liquidación. La expresión que se utiliza en el convenio: “también podrán incluirse proposiciones de enajenación” (recogida en último lugar) contrasta claramente con la expresada en el precepto que trata del plan de liquidación: “deberá contemplar la enajenación”, siempre que sea factible (colocada en primer lugar). Este deber, aunque condicionado a su factibilidad, pero deber (y no posibilidad) al fin y al cabo, da un peso específico a la solución conservativa en la liquidación, de particular importancia para la continuación de la actividad en aquellas empresas insolventes pero viables, ya que su enajenación puede favorecer positivamente a un mayor aporte de masa dineraria con que resarcir los créditos de los acreedores, sin olvidar la probable continuidad, por lo menos de una parte, de los puestos de trabajo.

4.2.3 Expresión material y normas que regulan la enajenación en ambas fases

La vertiente objetiva del convenio y la liquidación, por lo que se refiere a la enajenación de empresas, es similar en cuanto a contenido; no así en su expresión material. Las proposiciones de enajenación, en la propuesta de convenio son para “el conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o de determinadas unidades productivas” (art. 100.2.II), mientras que en la liquidación, la expresión utilizada es el “conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera

⁴⁹⁹ Tanto, que fue admitida en la tramitación parlamentaria de la Ley –enmienda nº 518 del Grupo Parlamentario Catalán- al no contemplarse inicialmente en el Proyecto de Ley que la propuesta de convenio contuviera proposiciones de enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado. Vid. PULGAR EZQUERRA, J., “Contenido de la propuesta de convenio”, cit., pp. 1016 ss.

otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos”. Observamos que, para el convenio, se utiliza una expresión más genérica (bienes y derechos afectos a la actividad empresarial), bien que integradora del conjunto de componentes en la actividad empresarial; por lo que se refiere a la liquidación (plan y RLS), el objeto de la enajenación se circunscribe a los establecimientos, explotaciones y unidades productivas, que constituyen expresiones equivalentes a empresa, como anteriormente analizamos. De todas formas, ambas expresiones equivalen, pensamos, al mismo concepto de empresa, aunque en el convenio se ponga el acento en la empresa en funcionamiento (actividad empresarial), lo cual se omite en el plan de liquidación (art. 148.1), si bien en la tercera de las Reglas Supletorias se contemple la continuidad de la empresa, al tratar de la preferencia en la elección de las ofertas de compra (art. 149.1.3ª).⁵⁰⁰

Por otra parte, las normas que regulan la enajenación de la empresa, tanto las del convenio como las que se refieren a la liquidación, brindan la posibilidad de enajenar todo o parte de la empresa; entendiendo por parte “determinadas unidades productivas” (100.2.II, convenio) o “algún establecimiento, explotación o unidad productiva” (148.1 plan de liquidación) o “de cada unidad productiva” (Reglas Supletorias, 149.1.1ª), siendo equivalentes las expresiones utilizadas en estos preceptos, para denominar la parte empresarial que cabe enajenar, por contraposición a su venta unitaria.

A través del contenido normativo expuesto, el legislador parece querer indicar que no sólo cabe la enajenación unitaria, sino que se posibilita la enajenación parcial de la misma, llámese unidad productiva, unidad económica, rama de actividad o unidad orgánica de

⁵⁰⁰ En la “Reforma orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales” italiana de 2006, corregida por el Decreto lgs. N.169/2007, tanto en el convenio de la quiebra (art. 124) como el convenio preventivo (art. 160) el plan puede prever la satisfacción de las deudas, mediante cualquier forma, incluso la cesión de bienes. Sin embargo, sólo en el convenio preventivo, (art. 182) se indica que, caso de cesión de bienes, si el Tribunal no dispone otra cosa, se nombrarán uno o más liquidadores y un comité de tres o cinco acreedores para asistir a la liquidación. El Decreto *correttivo*, amplía el contenido de este último precepto, atribuyendo al comité de acreedores la potestad, a la par que el deber, de autorizar, entre otras, la venta de la empresa y sus ramas de actividad aplicando además la disciplina de la liquidación del activo –arts. 105 a 108 ter- a la cesión de bienes a través del convenio preventivo. CENSONI, P.F., *Il concordato preventivo*...., art. cit., p. 856.

carácter funcional, siempre que mantenga su identidad como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio (art. 149.2), siempre que sea ésta la solución más viable y con ella se consiga un mayor precio con que atender el pago de los créditos a los acreedores⁵⁰¹. Además, la cesión parcial implica, por una parte, la escisión de aquellos elementos básicos para constituir esa mínima célula que pueda denominarse unidad económica autónoma y no un mero elemento desgajado del conjunto; además –y como contrapunto– impide la exclusión de aquellos elementos indispensables que aseguran el ejercicio de la actividad empresarial de la matriz de la cual se escinde, valiendo esta interpretación para su aplicación tanto en sede de convenio como en la liquidación⁵⁰²

4.2.4 La asunción de obligaciones por el adquirente en el convenio y en la liquidación

Sin embargo, el criterio definitivo que separa esencialmente convenio y liquidación en la enajenación de la empresa radica en la asunción de obligaciones por el adquirente. En la solución convenida es requisito indispensable para su validez la asunción de la continuidad empresarial y del pago a los acreedores⁵⁰³. Sin esta doble obligación no cabe la enajenación de la empresa o de una unidad productiva, mediante convenio. Por el contrario, la enajenación en fase de liquidación no requiere el cumplimiento de ninguna de esas condiciones: en primer lugar, cabe la adquisición de una empresa, aún sin actividad actual e, incluso, para propiciar su cierre (el art. 148.1 no lo prohíbe; tampoco el 149 1.1ª y 3ª) en razón a la superior prevalencia de los intereses del concurso concretados principalmente en la satisfacción de los acreedores, siempre que éstos se vieran

⁵⁰¹ En sintonía con lo preceptuado por la LC, en la “Reforma, corregida, de la *legge fallimentare* (art. 182 en relación con el art. 105 1º), se dispone que la liquidación por separado de los bienes que constituyen el activo de la empresa, sólo podrá efectuarse si de la venta en bloque o por ramas de actividad no se consigue una mayor satisfacción de los acreedores. Con la misma orientación se pronuncia el Código de la Insolvencia y de la Recuperación de Empresas portugués de 18 marzo de 2004. en su art. 162.

⁵⁰² RUBIO, P.J., “La enajenación de la empresa...”, cit., pp. 123-124.

⁵⁰³ No es éste el criterio de la ley de quiebras italiana. Tanto el convenio *fallimentare* como el preventivo dejan abierto un elenco de posibilidades de propuesta, entre las que figura la adquisición tanto del activo como del pasivo de la empresa, pero dejando abierta la posibilidad, a la cesión solamente del activo, e incluso de los elementos separados del activo empresarial, separándose así de lo dispuesto en la LC (art. 100. 2) por el que las propuestas de enajenación de la empresa en bloque o de sus ramas productivas incluirán **necesariamente** la asunción por el adquirente de la actividad empresarial y el pago a los créditos a los acreedores.

gravemente lesionados por la enajenación de la empresa para continuar su actividad, por no ser ésta viable. Por otra parte, el adquirente no asume obligación alguna –a excepción de las cargas laborales- de pagar los créditos de los acreedores.

Mediante la liquidación los acreedores ordinarios cobrarán en función de la *par conditio creditorum*, del líquido resultante en la venta del patrimonio empresarial, después de resarcidos los acreedores de la masa y los privilegiados. La masa pasiva queda al margen de la operativa liquidatoria, salvo para resarcirse –en lo que resulte- del producto de la venta de los bienes y derechos integrados en la masa activa; los créditos concursales no sólo han vencido anticipadamente con la apertura de la liquidación (los que estuvieran en curso), sino que se han convertido en dinero, aquellos que consistan en otras prestaciones (art. 146 LC). Mientras que en el convenio los acreedores son parte esencial, en la liquidación se reduce su función a la de presentar propuestas de modificación del plan,-o sólo observaciones sobre la propuesta anticipada- sin ningún poder decisorio y ni siquiera a eso en la aplicación de las RLS.

Desde la óptica de la continuidad de la empresa cabe añadir que, en el convenio, sólo es posible el compromiso de adquisición de empresas viables; el objetivo conservativo sería imposible de cumplir, en caso contrario. Sin embargo, en la liquidación, ya lo hemos apuntado, cabe también la adquisición de empresas inactivas para su puesta en actividad al ser potencialmente activables, o bien para provocar su cierre, ya que no es la continuación de la actividad el factor exclusivo y excluyente, sino y, en primer lugar, la máxima satisfacción de los acreedores, si existiera una colisión de importancia entre ambos principios. Este criterio es particularmente aplicable en el plan de liquidación ordinaria, ya que en esta fase, cuando menos, los acreedores tienen voz para proponer modificaciones, aunque sus propuestas no alcancen carácter decisorio; pero pueden hacer valer sus propuestas, en defensa de sus legítimos intereses, cuales son maximizar el cobro de sus créditos. Si se aplicaran las RLS, por no haberse alcanzado un plan de liquidación que consiguiera la aprobación judicial, los acreedores se verían privados de ejercer cualquier propuesta de modificación o de llevar a cabo observaciones, ya que la ley no contempla esa posibilidad.

4.2.5 Determinación del adquirente

Analizando la vertiente subjetiva de ambos procedimientos, el convenio exige que el adquirente sea una persona previamente determinada (natural o jurídica), lo cual no es imprescindible para la enajenación en el proceso liquidativo, pues basta que sea determinable, en función de los criterios de venta adoptados. La razón de ser de la diferencia de criterio estriba en el fundamento de ambos procedimientos: la continuación de la actividad de la empresa y el pago a los acreedores por el adquirente en fase de convenio, lo cual exige fiabilidad en el comprador; la consecución de un mejor precio en la enajenación, como factor preponderante, en fase de liquidación.

Para aprobar o no una propuesta de enajenación en un convenio, es importante conocer las circunstancias personales, económicas, experiencia empresarial, la solvencia técnica y financiera, en una palabra, del futuro adquirente; incluso tener con él contactos previos, tanto de la entidad deudora y los acreedores, a fin de conseguir una percepción, lo más exacta posible, de la fiabilidad del cumplimiento de los objetivos (continuidad de la empresa y pago a los acreedores). Por el contrario, la administración concursal, en la liquidación, ni siquiera conocerá inicialmente, en ocasiones, al posible adquirente, salvo que quién compre sea una persona determinada, interesada en su adquisición o lleve directamente el proceso de venta. En otro caso, bien mediante ofertas de venta o a través de subasta, se limitará a comprobar el cumplimiento del pliego de condiciones por el posible comprador, a la hora de elegir la mejor propuesta.

4.2.6 Cautelas sobre las propuestas de adquisición

Con la redacción originaria del art. 105 cabía diferenciar la prohibición para adquirir la empresa objeto de enajenación, ya que (art. 105.1.5º b originario) se prohibía presentar propuesta anticipada de convenio a la entidad concursada que –dentro de los tres años anteriores a la fecha de solicitud del concurso- hubiere dispuesto de sus bienes o derechos en condiciones anormales de mercado, a favor de un tercero o de las personas

especialmente relacionadas con la sociedad deudora, que se contemplan en el art 93 LC y aunque no había una prohibición explícita de adquisición hacia esas personas, al incluirse entre las propuestas de convenio las proposiciones de enajenación de la empresa en todo o en parte, se hubiera extendido también su prohibición de venta hacia las personas expresadas en el precepto aludido. Sin embargo, a partir de la promulgación del Real Decreto-ley 3/2009 se ha modificado el apartado 1 del art. 105 (art. 10. Cinco del Real Decreto-ley) eliminando, entre otras la mencionada prohibición, pudiendo ya sin trabas la entidad deudora presentar propuesta anticipada de convenio⁵⁰⁴. En la liquidación, la única prohibición explícita en la adquisición de bienes y derechos de la masa activa, aún en subasta, ni por sí ni mediante persona interpuesta, recae sobre los administradores concursales.⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ El art. 10. Cinco del Real Decreto-ley ha dejado en vigor la prohibición tan solo para los concursados condenados en firme por determinados delitos y los que hubieran incumplido la obligación del depósito de las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios (apartados 1º y 2º del art. 105. 1 LC).

⁵⁰⁵ La prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa por los administradores concursales o mediante persona interpuesta (art. 151 LC) entendemos se extiende igualmente a la enajenación de la empresa mediante propuesta anticipada de convenio, puesto que tal prohibición no se limita a su compra en el procedimiento de liquidación, sino que debe extenderse a cualquier fase del concurso.

4.2.7 Función de la administración concursal en ambas fases del concurso

Otra diferencia convenio-liquidación en la enajenación de la empresa, se refiere al papel que desempeña la administración concursal. En la propuesta anticipada de convenio el papel de ese órgano, aún siendo importante, no ocupa un primer plano en la toma de decisión, que es función privativa de la sociedad deudora y los acreedores. Realiza sin embargo misiones de control y apreciación, cuando no de veto. Por ejemplo, evalúa el contenido de la propuesta presentada por la deudora, en especial lo que se refiere al plan de pagos –fiabilidad de su cumplimiento- y al plan de viabilidad, elaborado cuando se prevea contar con los recursos que genere la actividad de la empresa a adquirir (art. 107 en relación con el apartado 5º del art. 100). El juez, en base a su informe desfavorable, puede dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuidad de su tramitación. Lo mismo ocurre después de la admisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por los acreedores o la entidad deudora: la administración concursal emite escrito de evaluación sobre su contenido, en especial del plan de pagos y, en su caso, del plan de viabilidad (art. 115.1), que servirá de orientación a los acreedores que deseen adherirse a la propuesta de convenio y a los votantes, a la hora de su deliberación y votación en la junta de acreedores. El órgano de administración concursal, finalmente, está activamente legitimado para formular oposición a la aprobación judicial del convenio, de acuerdo con los motivos tasados, recogidos en la norma (art. 128.1) y además cuando el cumplimiento de los mismos es objetivamente inviable (art. 128.2).

En la liquidación ordinaria, la administración concursal pasa a primer plano, puesto que es quien elabora el plan de liquidación, informa al juez sobre las posibles observaciones y propuestas de modificación del plan, presentadas por la deudora, los acreedores y los representantes de los trabajadores (art. 148); emite informe sobre la enajenación, en todo o en parte de la empresa, si la liquidación se lleva a cabo mediante las RLS (art. 149.1.1ª) y se encarga, mediante sus facultades de disposición, de llevar adelante las operaciones de liquidación y en concreto la enajenación de la empresa, de sus ramas de actividad o de sus elementos por separado de forma privativa en la ejecución del

plan de liquidación y generalmente, en las RLS⁵⁰⁶, así como de informar trimestralmente al juez del estado de las operaciones (art. 152) y de proceder, finalmente, al pago de los créditos contra la masa y concursales (ordinarios, subordinados y créditos con privilegio especial y general) (arts. 154 a 162 LC).

No es preceptiva la presentación del plan de pagos a los acreedores en el plan de liquidación que presente el órgano concursal, sobre todo porque obviamente no conoce todavía el monto que se conseguirá con la enajenación de la empresa y del resto de bienes y derechos de la entidad concursada, aunque su inclusión podría adelantar el proceso liquidatorio, sobre todo si se tiene ya una previsión de la cuantía a percibir por la venta. El plan de viabilidad, cuya presentación en el convenio está orientada a comprobar la fiabilidad de la continuación de la actividad con los recursos que genere la empresa y los que prevea el adquirente obtener, no es obligado llevarlo a cabo en la fase liquidatoria. Pero, como más adelante analizaremos, consideramos indispensable su elaboración para comprobar si es factible o no contemplar la enajenación de la empresa, especialmente cuando se orienta al mantenimiento o al reinicio de su actividad.

4.2.8 Cautelas legales sobre los trabajadores

Para terminar este apartado, señalaremos las diferencias observadas en relación a las cautelas impuestas por la Ley respecto a los trabajadores y sus contratos laborales. Por lo que se refiere al convenio, el art. 100.2.II, en materia de enajenación de todo o parte de la empresa, se limita a imponer el deber de “oír a los representantes de los trabajadores”, es decir, conocer su opinión sobre lo que se pretende. Ni siquiera se les solicita un informe como, por otra parte, preceptúa el art. 148.3 sobre el plan de liquidación y la Regla Supletoria primera del art. 149.1, mediante el cual pueden formular propuestas, incluso de

⁵⁰⁶ Como expondremos más adelante, en la venta de elementos de la empresa por separado o de otros bienes de la concursada, -cuya enajenación remite la regla 3ª de las supletorias a las disposiciones que para el procedimiento de apremio recoge la LEC-si se escoge la realización por persona o entidad especializada (art. 641 LEC), la ejecución de la venta la efectúa esta persona o entidad, por acuerdo del juez -no la administración concursal-, aunque ésta continúa en su labor de control respecto a su actuación.

modificación (en la preferencia de elección de las ofertas de compra de la empresa, se indica, sin embargo, que “serán oídos” los representantes de los trabajadores).

Sin entrar en un análisis en profundidad, indicaremos que, aunque formalmente basta para cumplir con la norma, acreditar que la consulta a los representantes de los trabajadores ha sido realizada (el art. 44.6 ET sólo indica que cedente o cesionario de la empresa deberán informar a los representantes de los trabajadores de determinados extremos de la operación, pero nada indica sobre oír su parecer), solicitar por escrito su opinión sobre aquellos aspectos de la operación que puedan afectar al colectivo laboral podría ayudar al buen fin de la operación, aunque el carácter de la información fuera meramente consultivo. Sin embargo, si con motivo de la enajenación se considerase previsible adoptar medidas laborales, sí existe obligación de iniciar un periodo de consultas sobre las mismas y sus consecuencias para los trabajadores (art. 44.9 ET), siguiendo el procedimiento expuesto en el art. 64 LC, cuando se pretenda la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales.

Finalmente, no es posible la aprobación del plan de liquidación sin el cumplimiento de lo establecido en el mencionado art. 64 LC, condicionante que no encontramos en las disposiciones que regulan la enajenación en el convenio y que supone un hándicap para llevar a cabo las operaciones de liquidación a través del plan, por el dilatado espacio temporal que, en ocasiones, implican esas negociaciones. De todas formas, la modificación de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión de las relaciones laborales precisan de la observancia de lo preceptuado en el mencionado precepto, aun en fase de convenio, bien por el transmitente bien por el adquirente de la unidad económica cedida.

4.3 La factibilidad de la enajenación, condición indispensable para su contemplación en el plan de liquidación

En primer lugar es imprescindible la existencia de empresa para poder contemplar su enajenación. Como ya analizamos, la rama de actividad, incluso la unidad orgánica de carácter funcional (cadena de montaje en una fábrica de automóviles), son las unidades económicas mínimas, con identidad para conceptuarlas como empresa, es decir un conjunto de medios materiales y humanos que permiten el ejercicio de una actividad económica autónoma⁵⁰⁷.

Además, la empresa debe ser susceptible de enajenación. En algunas empresas artesanales, en las que el concursado sea el alma del negocio, es difícil evaluarlas, de forma independiente a la persona del deudor. De esta forma, existirán dificultades importantes para poder enajenar empresas de este tipo⁵⁰⁸, como ocurrirá con muchas de las que basan el negocio en la creatividad o el buen hacer del empresario.

Cuando la norma que habilita el plan de liquidación (art. 148LC) determina en su primer párrafo la existencia de “factibilidad” para contemplar la enajenación, lo hace en relación a la empresa como unidad –como un conjunto de establecimientos, explotaciones o cualquier otra unidad productiva de bienes y servicios- pero también se refiere a “algunos de ellos”, es decir, no sólo a algún establecimiento o explotación como parte del

⁵⁰⁷ GUYON, Y., *Droit des affaires*, Tome 2, 5ª edition, 1995, p. 342.

En auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, procedim. Núm. 729/2005, de 30 de marzo 2007 (AC 2007/729), en el primero de sus Fundamentos de Derecho, sobre la venta de la totalidad del negocio o por unidades independientes (hay tres centros de trabajo de trabajo diferentes, amparados en una personalidad jurídica específica para cada uno de ellos, pero con unidad en el proceso de producción y en la gestión del negocio) , en base a la prioridad de la enajenación de la empresa como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o algunos de sus elementos componentes, concluye que “pese a lo manifestado por la administración concursal en su informe a las alegaciones, matizando su criterio inicial al proponer el plan de liquidación, que lo más razonable para atender a la finalidad que la norma persigue es, precisamente, la venta de los activos de la concursada de forma unitaria, su enajenación como un todo, como inicialmente se propuso”, disponiendo, en su parte dispositiva, aprobar el plan de liquidación, precisando que “la venta directa se hará de la totalidad de los activos que se enajenarán como un todo”.

⁵⁰⁸ GUYON, Y., “*Droit des affaires*, o.c., p. 320.

conjunto, sino, además, cabría ampliar el concepto a sus ramas de actividad o unidades dotadas de autonomía funcional.

El precepto expresa, en primer lugar, el deber de contemplar la enajenación de la empresa de forma unitaria, siempre que sea factible. Habrá pues que analizar pormenorizadamente de qué forma hay que anudar esa factibilidad con la enajenación unitaria de la empresa. Pero no finaliza “lo factible” en la enajenación unitaria, sino que el legislador desea que la administración concursal, en defecto de factibilidad en la enajenación en su conjunto, la estudie para alguna o todas sus unidades productivas autónomas o ramas de actividad, con funcionalidad propia. No de otra manera cabe entender la conjunción adversativa “o” después de haber indicado a qué debe aplicarse la enajenación unitaria en la expresión “la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos.....o de algunos de ellos”; esta última expresión forma un todo único e inseparable para poder analizar, en su recto sentido, la factibilidad. Si no es factible la enajenación unitaria, lo cual deberá analizar detalladamente la administración concursal, el legislador le impone la obligación de contemplar la enajenación de parte o partes de la empresa (con virtualidad propia; es decir, con autonomía de funcionamiento), siempre que –no siendo factible la enajenación de la empresa como un todo- pueda resultar factible, sin embargo, la venta de todas o parte de sus unidades productivas autónomas o ramas de actividad. En definitiva, cabe pensar que el legislador marca la preferencia en el análisis de factibilidad: en primer lugar, de la enajenación unitaria de la empresa; si no fuera factible, pero fuera hacedera la enajenación de todas o alguna de sus partes autónomas, la administración concursal deberá contemplar, de forma alternativa, pero subordinada al análisis de la factibilidad de la enajenación unitaria de la empresa, el análisis de “lo factible” de la venta de todas o cada una de sus partes autónomas de actividad, antes de plantear la realización aislada de sus elementos componentes (vid. art. 149.1.1ª), los cuales no permiten, por supuesto, el ejercicio de una actividad productiva autónoma.

4.3.1 Enajenación de la empresa en actividad e inactiva

Ante el silencio del legislador sobre la factibilidad de contemplar la enajenación de una empresa inactiva, debemos acudir al concepto de empresa para adoptar un criterio sobre el particular. La empresa está constituida por un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica⁵⁰⁹. Por tanto, debe poder llevar a cabo una actividad de contenido económico. Lo cual no quiere decir que la esté realizando actualmente. Piénsese en una unidad económica que acaba de suspender o extinguir la totalidad de sus contratos laborales. Esta inactiva, sí, pero conserva todo su potencial para recobrar la actividad. Por tanto, no sólo cabría enajenar una empresa inactiva, sino incluso, en ocasiones, será más fácil llevarla a cabo.

La inactividad no es, en sí misma, una condición *sine qua non* para inhabilitar la enajenación de la empresa. Sí lo es la falta de capacidad para llevar a cabo su actividad. En la Ley concursal francesa de 1985, en su reforma de 1994, cabía declarar la liquidación de una empresa cuando hubiera cesado toda su actividad o su reflatamiento fuera manifiestamente imposible⁵¹⁰. A nuestros efectos, no bastaría despojar de factibilidad la enajenación de una entidad económica por cesar totalmente su actividad, salvo que esa cesación sea definitiva, por no ser posible su reactivación. Consideramos, por tanto, que cabe definir también como empresa a la unidad económica inactiva, cuando potencialmente puede ser puesta en actividad, siendo factible, en consecuencia, contemplar su enajenación como empresa y no como conjunto de elementos.

⁵⁰⁹ Vid. art. 149.2 LC.

⁵¹⁰ GUYON, Y, *Droit des affaires*, o.c., p. 340. Cfr. Ley 1985 art. 1 al. 3 completado por Ley 10 julio 1994. En la normativa actual –Ley de salvaguarda de las empresas de 2005– ha desaparecido el cese de toda actividad empresarial, como causa de apertura de liquidación, si bien el cese de la actividad profesional autónoma (así como la de los artesanos y agricultores) continúa siendo motivo para su apertura, cuando la totalidad o parte de su pasivo se derive de dicha actividad (arts. 640-1, L.640-3 en relación con 640-2, párrafo primero).

4.4 La viabilidad de la empresa unitaria o de sus ramas de actividad, requisito esencial para la factibilidad de su enajenación

Junto a los aspectos analizados sobre la factibilidad de la enajenación de la empresa, - en su conjunto o de sus ramas de actividad- existen otros factores que la condicionan: el más importante es su viabilidad. Si consideramos contraproducente salvar lo que no tiene viabilidad alguna en el mercado, ya que, a lo sumo, sólo se consigue retrasar una crisis que luego vuelve amplificada y más insoluble todavía,⁵¹¹ no sólo negativo, sino difícil en extremo, será tratar de vender una empresa inviable, ya que no existirá comprador que desee arriesgar su capital y su imagen por una empresa inviable. Aunque en la normativa, en fase de liquidación, no se hace referencia a la viabilidad, parece lógico que la enajenación de la empresa, considerada en su conjunto o en alguna de sus unidades funcionales, deba subordinarse a ese parámetro económico⁵¹².

Una empresa en crisis es viable cuando puede conseguirse de su actividad que reporte una rentabilidad continuada en el tiempo, proporcional tanto al coste de los medios existentes, como al de los previstos. En otras palabras, viabilidad es la capacidad de una empresa para conseguir una rentabilidad continuada y proporcional a los medios actuales y futuros, necesarios para su actividad. Si se demuestra que una empresa es o puede ser viable, podrá predicarse de ella que, en principio, es factible contemplar su enajenación. La demostración pasa por elaborar un plan de viabilidad⁵¹³. Los objetivos de este plan, si bien esencialmente coincidentes con los preceptuados por la Ley (art. 100.5LC) para el convenio, difieren en la finalidad de su formulación: la elaboración de un plan de viabilidad, para la enajenación en fase de convenio, es necesaria cuando se prevea contar con los recursos que genere la continuación de la actividad de la empresa. El legislador quiere que se conozca si la empresa podrá continuar la actividad, una vez enajenada, cuando el adquirente ha previsto emplear los fondos autogenerados por ella; y no sólo eso. También quiere que se analice ese plan por si el adquirente ha sido en exceso optimista o

⁵¹¹ VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Plan de liquidación”. cit., p. 1323.

⁵¹² RUBIO VICENTE, P.J., “La enajenación de la empresa...”, cit., p. 129.

⁵¹³ En el Dictamen del CES (7-XI-2001) se propone presentar un estudio de viabilidad de la empresa, con la documentación que debe acompañar a la solicitud de concurso.

imprudente, al sobrevalorar la posible generación de fondos de la empresa (en muchas ocasiones el adquirente no aportará recursos propios), con lo cual no sólo correría peligro su continuidad, sino también el cobro de los créditos por parte de los acreedores actuales y de las nuevas prestaciones que eventualmente pudieran llevarse a cabo.

En la cristalización del convenio es, pues, factor fundamental la elaboración de un plan de viabilidad, ya que en la solución convenida se transmite, junto con el activo empresarial, el pasivo de terceros, con el compromiso de su pago. Si no se demuestra la fehaciencia de la obtención de recursos suficientes para poner en rentabilidad la empresa, los acreedores, como antes decíamos, verán peligrar el pago de sus créditos. En el caso de la enajenación de la empresa en la fase de liquidación, la óptica es distinta. El adquirente pagará un precio por el patrimonio empresarial, con cuyo importe se atenderán –hasta donde alcance- los créditos de los acreedores. La obtención o no de recursos futuros por la empresa será responsabilidad del adquirente, pero no afectará a los acreedores de la empresa en liquidación⁵¹⁴.

El plan de viabilidad en la fase de liquidación es un instrumento –no preceptivo, pero, a nuestro juicio necesario- para conocer si la empresa que se pretende eventualmente enajenar es o no, actual o potencialmente, viable; y si lo es, potencialmente, qué medios adicionales necesitará, en su caso, para poder ser viable de hecho, analizando además si tales medios son proporcionados al rendimiento que se prevé obtener. Y si no es viable de forma unitaria, analizar la viabilidad de sus diversos centros de trabajo., ramas de actividad o unidades funcionales autónomas. El conocimiento de la viabilidad de la empresa en liquidación se proyecta hacia la venta de la empresa. ¿Es viable de forma unitaria o sólo alguna o algunas de sus ramas de actividad? ¿Puede ofrecerse a un

⁵¹⁴ GONZÁLEZ GOZALO, A., “La propuesta de convenio”, en AAVV, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., dir., *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, 2004, p. 1165. Para este autor el plan de viabilidad no es necesario que prevea la satisfacción de los acreedores con fondos derivados de la continuación de la actividad empresarial, porque los acreedores no necesitan más datos para valorar la propuesta, que los existentes en el plan de pagos y en el informe de evaluación de la propuesta. A nuestro juicio, el plan de viabilidad es necesario, en fase de liquidación, -como analizaremos en su momento- para que la administración concursal conozca si es factible o no proceder a su enajenación, qué valoración puede alcanzar y a qué precio puede enajenarse; lo mismo cabe indicar respecto del posible adquirente.

potencial comprador una empresa viable? La viabilidad en sí y la viabilidad proyectada hacia la venta de la empresa constituyen un paso decisivo, aunque no único, para poder demostrar la factibilidad de su posible enajenación. Y la factibilidad sí que es un requisito normativo indispensable para contemplar la enajenación unitaria o por partes productivas autónomas de la empresa.

4.4.1 La viabilidad, en función de las causas de insolvencia

Requisito previo de un plan de viabilidad es establecer con exactitud cuáles han sido las causas que han provocado la crisis empresarial, ya que en función de las mismas podrá analizarse una u otra terapéutica o bien constatar su inviabilidad. Sin entrar en un detenido análisis, distinguiremos entre estas causas tres grupos diferenciados: causas subsanables; difícilmente subsanables e insubsanables.

Destacaremos en el primer grupo las que podríamos denominar defectos de gestión: Administración inadecuada; poca visión del equipo directivo; incorrecta utilización de los recursos (materiales; financieros; humanos); inadecuada proyección del colectivo laboral. El fallo en la gestión de una empresa, centrado en su órgano de administración, se presenta a veces enmascarado por la situación actual. Se culpa de la crisis al encarecimiento de las materias primas, a la excesiva competencia o a la dificultad de conseguir créditos o recursos propios que alivien la situación financiera....sin analizar su propio comportamiento en la administración de la empresa. En ocasiones, el fallo fundamental se debe a un equipo inadecuado de administración, que no ve o no desea ver el camino que la empresa debe seguir, aún a pesar, a veces, de los esfuerzos que el equipo ejecutivo haga para clarificar la situación. Un equipo ejecutivo deficiente es más fácil de sustituir, en todo o en parte, que el órgano de administración (sobre todo en empresas familiares, pymes y empresas de control estatal). Por tanto, si las dificultades sobrevenidas en la empresa, siempre que no sea demasiado tarde para que sean asumibles, han tenido lugar por fallos de gestión, la viabilidad de la empresa puede conseguirse sustituyendo el órgano de administración, que –junto con el resto de medidas necesarias: ampliación de capital, nuevas líneas de productos, apertura de canales diferenciados de comercialización, etc.-

enderece el rumbo de la empresa, lo cual –en el caso de empresas en liquidación- será puesto en práctica por el adquirente de la entidad.

Otras causas subsanables son las que atañen a los recursos financieros: una inadecuada financiación por excesivo apalancamiento financiero (es decir, demasiado apoyo en recursos ajenos); utilización de recursos ajenos a corto plazo para financiar el inmovilizado; desproporción entre la financiación conseguida mediante gravámenes reales sobre bienes inmuebles, imprescindibles para el funcionamiento de la empresa, y el valor real de esos inmuebles, imposibilitando la consecución de nueva financiación utilizando esa garantía, etc. Siempre que el nuevo aporte financiero a efectuar por el adquirente, además de cortar la situación de crisis, fortalezca o consiga con esos medios restablecer una rentabilidad adecuada, estaremos ante una empresa viable; para ello, deberá existir una correlación entre el coste del activo empresarial existente más el de los nuevos medios a aportar, con la rentabilidad esperada. Cabría indicar también la existencia de viabilidad en muchos casos de insolvencia inminente, es decir aquella en que la entidad deudora prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, siempre que ese incumplimiento sea por fallos de liquidez provenientes de sucesos no crónicos (bajada permanente de ventas; dificultades crecientes para el descuento de papel o para la obtención de créditos a corto plazo). Si se demuestra que la situación podría resolverse con una financiación más acorde, mediante una aportación de fondos para mejorar los canales de comercialización, la sustitución del segmento de clientes o la fabricación de nuevos productos, por ejemplo, estaríamos ante otro grupo de causas subsanables, para conseguir la viabilidad de la empresa.

Las **causas difícilmente subsanables** son aquellas para cuya eliminación son necesarios grandes esfuerzos financieros, la utilización de medios personales, técnicos y organizativos de gran magnitud, así como de un periodo de tiempo dilatado para conseguir su viabilidad, con riesgo de no alcanzar el fin proyectado. Citaremos, a título de ejemplo, la obsolescencia de productos, el progresivo incremento de la competencia a nivel nacional e internacional, empresa enclavada en un sector en declive o en un sector de riesgo creciente, con importantes cambios tecnológicos. En estos casos, el análisis de

viabilidad se centrará en estudiar los medios necesarios para neutralizar los riesgos y dificultades existentes, así como su costo, de tal forma que se obtenga una rentabilidad adecuada en continuidad, y cual sería entonces el precio de mercado de la unidad económica objeto de liquidación, deducido del monto a desembolsar por el potencial adquirente para conseguir su viabilidad⁵¹⁵. Es posible que, en algunos casos, la empresa deba escindirse en una o varias unidades económicas o, al límite, venderse por elementos, en función del resultado que se obtenga del análisis de viabilidad, al no ser rentable para un potencial adquirente efectuar una inversión adicional –por la adquisición de los medios necesarios para su puesta en viabilidad- al precio que se pide por el activo de la empresa en liquidación.

Finalmente, el análisis de viabilidad nos ilustrará sobre las **causas insubsanables** que inciden en la inviabilidad de una empresa. Como criterio general, cuando el coste de los medios –humanos, materiales, organizativos, financieros- que se necesitan para removerlas son iguales o superiores a la rentabilidad esperada de su puesta en marcha o de la continuación de su actividad, podremos concluir afirmando la inviabilidad de la empresa, ya que el potencial adquirente no estará dispuesto a efectuar desembolso alguno por la empresa; en otras palabras, su valor de adquisición sería cero, reduciendo a la nada las expectativas de cobro de los acreedores. Si caben las mismas consecuencias del análisis de las distintas ramas de actividad de aquella empresa, sólo restará la venta por elementos de su activo.

La falta de capacidad para generar ingresos totales superiores a los costos, es decir de conseguir beneficios que remuneren de forma adecuada los recursos a aportar, junto con la inexistencia de una corriente de cobros superior a la de pagos⁵¹⁶, es causa insubsanable para la viabilidad de una empresa. No se debe confundir causa insubsanable con la inactividad de la empresa, como anteriormente hemos analizado, tenga o no todavía en

⁵¹⁵ AMO, F., “Cuestiones económicas de la nueva Ley Concursal”, en AAVV, dirs. ARROYO, M./ AMO, F./ ENCINAR, J.L., *Cuestiones prácticas de la nueva Ley Concursal*, Práctica Jurídica, Ed. Tecnos, Madrid 2004, pp. 166-167. La autora analiza las causas del estado de insolvencia, distinguiendo variables internas y variables externas que afectan a la actividad de la empresa.

⁵¹⁶ AMO, F., “Cuestiones económicas....”, cit., p. 167.

nómina trabajadores o esté la plantilla en suspensión de empleo. Es posible, incluso, que sea más factible conseguir la viabilidad de una empresa inactiva –sobre todo sin colectivo laboral- que otra en actividad. Como ejemplo de causas insubsanables baste citar la obsolescencia de maquinaria e instalaciones para poder fabricar otros productos de mejor y más rentable salida en el mercado, juntamente con tecnología atrasada en un sector de cambio constante, con márgenes muy reducidos, y cuya renovación supondría un costo superior a la utilidad a obtener.

En definitiva, el análisis de viabilidad nos indicará si estamos en presencia de causas o causas que conllevan la posibilidad de continuación de la actividad, en todo o en parte, de la empresa y, en consecuencia, la factibilidad o no de contemplar su enajenación o bien de proceder a la venta por separado de cada uno de sus elementos.

4.4.2 En función de la permanencia de los bienes y derechos, necesarios para la actividad de la empresa

4.4.2.1 Permanencia de bienes y derechos

La viabilidad de la empresa radica también en la posibilidad de contar con determinados medios e instrumentos –materiales e inmateriales- que resultan imprescindibles para el mantenimiento de su actividad. El legislador ha tenido en cuenta este importante criterio, por lo que respecta a la empresa declarada en concurso; no así, por desgracia, -salvo contadas excepciones- en el tratamiento de los bienes, derechos y demás relaciones jurídicas que afectan a la empresa objeto de enajenación, tanto en la solución convenida, como en fase de liquidación.

En base a lo dispuesto en el art. 55. 1 y 2 LC, se paralizan las ejecuciones singulares y los procedimientos administrativos o tributarios de ejecución, anteriores a la declaración de concurso, cuando los bienes embargados sean necesarios para la continuidad de la actividad de la empresa, suspendiéndose, a partir de la declaración concursal, las actuaciones en tramitación. Si los bienes estuvieran gravados con garantía real o se

deseare recuperar los bienes muebles vendidos o cedidos en arrendamiento financiero o bien resolver ventas de inmuebles por falta de pago en el precio aplazado, no se podrá iniciar la ejecución o realización forzosa de la misma.... hasta que transcurra un año desde la declaración de concurso, sin que se hubiera producido la apertura de liquidación (art. 56.1 LC). Si la ejecución se hubiera iniciado con anterioridad a la declaración, incluso publicados los anuncios de subasta, se suspenderá la actuación, si los bienes o derechos fueran necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor (art. 56.2 LC).⁵¹⁷ Incluso el legislador parece proteger, si bien que parcialmente, la enajenación de la empresa, aprobada en convenio (art. 100.2.II LC), al paralizar la ejecución forzosa de la garantía sobre bienes con garantía real, cuando se autoriza un convenio, cuyo contenido afecte al ejercicio de ese derecho de garantía (art. 56.1 LC). Sin embargo, el legislador se olvida de extender esa protección, cuando se trata de la enajenación de la empresa en fase de liquidación. Mientras ello no ocurra, cabría incluir en el plan de liquidación que proponga la enajenación de una empresa, los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (entre los que se incluyen los gravados con garantía real), siempre que el juez de audiencia a los titulares de esos créditos (art. 155. 3 LC) –los cuales, previamente, habrán pactado un precio mínimo con la administración concursal (art. 155.4 LC)- y se obtuviere finalmente la preceptiva aprobación judicial del plan. De lo contrario, se dificultaría la actividad de la empresa, al poderse instar inmediatamente la ejecución del procedimiento singular, o su continuidad, abierta la fase de liquidación, dificultando, cuando menos, gravemente la enajenación de la empresa o de sus unidades productivas autónomas.

Por otra parte, la administración concursal, y para los créditos con privilegio especial, puede optar por atender el pago de los intereses y amortizaciones vencidos, con cargo a la

⁵¹⁷ Aunque mediante los preceptos expuestos los bienes y derechos necesarios para la actividad parezcan estar a buen recaudo, la norma deja un portillo abierto a la ejecución separada de bienes con garantía real, transcurrido un año desde la declaración de concurso sin apertura de liquidación. Si ello ocurre, y por supuesto ya en fase de liquidación, podrían desaparecer del patrimonio de la empresa bienes imprescindibles para su viabilidad. Vid. MORALES, N., “De las operaciones de liquidación”, cit., p. 1589. Para esta autora, la factibilidad de la enajenación unitaria puede verse seriamente afectada, por la ejecución separada, presentada por acreedores con garantía real, sobre algunos bienes de importancia para la explotación, de tal forma que la integridad y aptitud funcional de la empresa se resienta gravemente.

masa, durante la fase común del concurso, en los plazos señalados en el art. 56.1LC o mientras subsista la suspensión de la ejecución (art. 56.2LC), conservando el bien gravado en el activo de la empresa. Pero la espada de Damocles subsiste, ya que si se incumple algún pago posterior, se realizarán esos bienes y derechos afectos, para la satisfacción de los créditos privilegiados (art. 155.1 in fine LC), pudiendo salir definitivamente del activo de la empresa, lo cual puede conllevar su inviabilidad. En consecuencia, inviable –carente, por tanto, de factibilidad para poderse enajenar- será una empresa cuando un bien gravado con una carga, hipotecaria, prendaria, refaccionaria u otra de las incluidas en el art. 90.1 LC, necesario para su actividad, se enajene –cumplidos los plazos y condiciones legales- a un comprador, ajeno al potencial adquirente, inhabilitando la adquisición de la compra unitaria, si el comprador del mencionado bien no quisiera transmitírselo al potencial adquirente o deseara hacerlo a un precio que inhabilite la compra de la empresa⁵¹⁸.

Por otra parte, y aunque en la liquidación no cabe la transmisión de créditos ordinarios de forma separada al resto de acreedores de esa categoría, puesto que se quebraría el principio *par conditio creditorum*, no parece que exista prohibición para enajenar el bien o derecho gravado al adquirente de la empresa, asumiendo éste las obligaciones derivadas del crédito con privilegio especial y subrogándose en la posición de la concursada (lo admite el art. 155.3LC), incluso en venta directa, siempre que lo solicite la administración concursal, oídos la entidad concursada y el acreedor titular del privilegio (art. 155.4LC). De esta manera, se conseguiría no privar al adquirente de la empresa de aquellos bienes y derechos necesarios para asegurar su continuidad o la de la rama de actividad enajenada, evitando que pasen a manos de terceros y obteniéndose una financiación aneja al bien o derecho transmitido. En esta línea de actuación, en favor de la viabilidad, el legislador permite la transmisión por la administración concursal de los bienes y derechos litigiosos,

⁵¹⁸ Por supuesto, y según el art. 155.3LC el juez siempre podrá vetar la autorización de venta de bienes afectos a créditos con privilegio especial, lo cual no significa que siempre ocurra. Más complicado resultará el veto judicial a la realización de bienes y derechos afectos, mediante ejecución en pieza separada, cuando se hubiera incumplido la obligación de satisfacer los vencimientos sucesivos de los créditos, una vez que fueron atendidos con cargo a la masa y puestos al día en sus pagos (art. 155.2, in fine LC). Quedaría, en última instancia, como ya se ha indicado, su realización incorporada al plan de liquidación, mediante enajenación de la empresa como un todo, eso sí, con un precio previamente pactado entre la administración concursal y el titular del crédito privilegiado y mediante su consentimiento expreso.

aún sin conocimiento o consentimiento de la otra parte del litigio (art. 150 LC) y sin posibilidad de rescisión por esta causa, con evidente excepción de lo dispuesto en los arts. 1291,4º del Cc y 17.1 y 2 LEC, al sancionar la sucesión procesal de pleno derecho, cuando la administración concursal comunique la enajenación (no se precisa autorización) al juez que esté conociendo del litigio.

4.4.2.2 Permanencia de los contratos. Mención especial a los contratos laborales en la sucesión de empresa

Por lo que se refiere a los contratos, el legislador, durante la fase común, remueve los inconvenientes derivados de la declaración de concurso, al tener por no puestas aquellas cláusulas que establezcan la facultad de resolución o extinción del contrato con obligaciones recíprocas, por causa de la declaración (art. 61.3LC). Incluso, aunque exista causa de resolución, el juez puede –en virtud del interés del concurso- acordar el cumplimiento del contrato (art. 62.3LC) y aún rehabilitar aquellos contratos de adquisición de bienes con precio aplazado, ya resueltos (art. 69LC). Sin embargo, las cautelas adoptadas por el legislador en interés del concurso y, en especial, sobre los contratos y otras relaciones jurídicas, necesarias para la marcha de la empresa, se olvidan, en fase de liquidación, cuando se trata de adoptar medidas semejantes a la hora de su enajenación⁵¹⁹, salvo cuando van dirigidas a proteger los derechos de los trabajadores⁵²⁰.

El art. 149.2 LC, en sede de RLS, precisa cuándo existe sucesión de empresa, a efectos laborales. Recalco la expresión “a efectos laborales”, porque también podría, con igual trabajo, haber extendido la sucesión de empresa a los contratos y otras relaciones

⁵¹⁹ El legislador debiera haber profundizado en la conservación de la empresa, objetivo fundamental de la Ley, ya que, llegada la fase de liquidación, si no se enajena la empresa, será imposible conservarla; y para facilitar su enajenación, es necesario dotarla de todos los medios e instrumentos indispensables para la continuación de la actividad. Si no existe continuidad en los contratos más esenciales –leasing de maquinaria, compra a plazos del inmueble donde radica la fábrica...- la empresa, posiblemente, dejará de tener interés para el potencial adquirente.

⁵²⁰ Los derechos de los trabajadores resultaban mermados, aparentemente, con el proyecto de normativa sobre liquidación, orillando la legislación laboral, esencialmente proteccionista, del trabajador. Esa descoordinación entre el texto del Proyecto y la normativa laboral, dio pie al mayor número de enmiendas durante la tramitación parlamentaria. MANZANO, M^a. A., “La liquidación”, cit., p. 637.

jurídicas, ya reguladas al tratar de los efectos de la declaración de concurso. Además, parece que, incluso, hubiera sobrado el recordatorio de la sucesión de empresa en lo laboral, ya que el art. 44 ET así lo dispone⁵²¹. Bien es verdad que tal recordatorio sirve también para excepcionar, si lo decide el juez, al adquirente de la subrogación en la parte de los salarios e indemnizaciones que asuma el FOGASA. En esa misma línea de ayuda a la enajenación, la Ley contempla también exonerar al adquirente en la sucesión de las responsabilidades por deudas tributarias devengadas en el ejercicio de la actividad económica, cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal.⁵²²

Fuera de las cesiones laborales que acompañan a la transmisión de la empresa o de una unidad funcional autónoma y la cesión de marca (art. 41.1 Ley 32/1988 de 10 noviembre, de marcas) y del nombre comercial (art. 79 de dicha Ley)⁵²³ no parece que existan más disposiciones que transmitan créditos, contratos u otras relaciones jurídicas,

⁵²¹ A tener de lo dispuesto en el art. 44.2 ET existe sucesión de empresa “cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad...” “quedando el nuevo empresario- art. 44.1 ET- subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones...”, respondiendo “solidariamente –art. 44.3 ET- durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”.

De todos modos los autos judiciales consultados emiten criterios divergentes, en cuanto a la aplicación del art. 149. 2 al plan de liquidación. El auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao (procedim. 729/2005 de 30 de marzo 2007 (AC 2007/729) admite que los efectos de la sucesión de empresa deben producirse, aunque exista un plan de liquidación, dada la continuidad de la actividad empresarial que implica la transmisión y en base a que solamente las instituciones públicas podrían adoptar un compromiso de inaplicación. Así lo recoge en el tercero de los Fundamentos de Derecho, (in fine) al postular que “respecto a que se condiciona la venta a que no se produzcan los efectos que establece el art. 149.2 LC, no es posible admitirlo. No consta ningún compromiso semejante por quien podría adoptarlo, que son las instituciones públicas que podrían derivar responsabilidades. Ninguna de ellas ha manifestado nada al respecto y este juzgado sólo puede estar a los términos legales, que habrán de ser respetados”. Por el contrario, el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao (procedim. 18/2006) de 28 diciembre de 2007 (AC febrero 2008, nº 4, p. 476), indica que la enajenación en globo debe estar “exclusivamente sometida a las condiciones en que se apruebe judicialmente el plan de liquidación”; sin subrogación de la adjudicataria en la posición jurídica del concursado respecto a las obligaciones de pago de la Seguridad Social y sin responsabilidad solidaria en relación a ella, más allá de los compromisos adquiridos individualmente.

⁵²² La Disposic. Final 11ª, apdo. 2 LC, añade un nuevo párrafo 3º al art. 72 de la LGT de 28-12-1963, declarando no aplicable el régimen general previsto en los apartados anteriores a las adquisiciones de establecimientos, explotaciones y cualesquiera unidades productivas, como consecuencia de un convenio o de la liquidación de la masa activa. La nueva LGT de 17-12-2003 reproduce en el art. 42.1.c) el contenido de la Disposición Final Undécima de la LC. Además, en la Disposic. Adic. 8ª, la nueva Ley Tributaria señala que lo dispuesto en esta Ley se aplica de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento. Vid. RUBIO, P.J., “La enajenación de la empresa”, cit., pp. 262-263.

⁵²³ Debemos añadir que el adquirente se beneficia también de la cesión legal del arrendamiento de aquellos inmuebles donde se general la actividad empresarial, sin necesidad de contar con el consentimiento del arrendador (art. 32.2 LAU 1994), bastando el acuerdo de voluntades administración concursal-adquirente, en el que se exprese que en la enajenación de la empresa se recoge también la cesión de los locales arrendados.

juntamente con su enajenación, sin necesidad de consentimiento de la otra parte. Así pues, inviable será la enajenación de una empresa cuando el contratante en la venta a plazos de maquinaria esencial para su actividad, se niegue a ceder el contrato al posible adquirente, por faltar uno de los elementos necesarios e indispensables para la continuidad de la actividad empresarial. Cabe hacer extensiva esta apreciación a todos los contratos con obligaciones recíprocas, inscritos o no en el Registro de bienes muebles, contratos de arrendamiento financiero, arrendamiento de servicios técnicos, suministro de materias primas y todos aquellos imprescindibles para que la empresa pueda ser viable.

Por ello extraña tanto la ausencia de una reglamentación específica que resuelva la incongruencia de aplicar a estas relaciones jurídicas las normas comunes en materia de cesión de contratos, por las que resulta imprescindible que el contratante ceda voluntariamente el contrato, cuando se regulan in extenso al tratar los efectos sobre los créditos y los contratos, una vez declarado el concurso. De poco sirve mantener los contratos en curso durante la tramitación del procedimiento concursal, si, en la fase de liquidación, la empresa resulta inviable –y por ende su enajenación–, al no poder contar con los medios necesarios, por tener que aplicar las normas generales de cesión de contratos⁵²⁴. Por ello, y aparte de la interpretación correctora que deberán llevar a cabo los jueces con el fin de facilitar aquellas cesiones, *ope legis*, sin las cuales la actividad empresarial resultaría inviable⁵²⁵, convendría se aprobase una norma que favoreciese la sucesión automática de los mismos o, por lo menos, dejase la misma al arbitrio judicial –y no en las manos de los contratantes–, sin perjuicio de que pueda reclamarse su rescisión, cuando hubiere causa bastante⁵²⁶.

⁵²⁴ RUBIO, P.J., “La enajenación de la empresa”, cit., p. 266.

⁵²⁵ Serviría como punto de apoyo lo preceptuado en el art. 62.3 LC, sobre la posibilidad que tiene el Juez, aunque exista causa de resolución y atendiendo al interés del concurso, de acordar el cumplimiento del contrato.

⁵²⁶ Por lo que se refiere a la normativa francesa derogada, GUYÓN celebra como una medida jurídicamente revolucionaria, **la posibilidad de transmitir globalmente, junto con la empresa, los contratos que son indispensables para mantener su actividad**. Y además, económicamente fundada, en la medida que dichos contratos constituyen frecuentemente el núcleo de la empresa. GUYÓN, Y., *Droit des affaires*, , o.c., p. 337. El art. 86 de la Ley francesa de 1985, sobre saneamiento y liquidación judicial de empresas, permitía al Juez, junto con la cesión de la empresa, transmitir aquellos contratos “necesarios para el mantenimiento de la actividad”, como los de leasing, arrendamiento, suministro de bienes y servicios (agua, gas, luz, concesiones, franquicias, afianzamientos, contratos administrativos). Contratos que deberán cumplirse de acuerdo con las

4.4.3 En función del acercamiento al óptimo laboral, en la eventual tramitación de medidas colectivas laborales

Ya hemos indicado el papel, muchas veces crucial, que desempeña el colectivo laboral en una empresa, en lo positivo, aunque también en su vertiente negativa, cuando se acerca o está inmersa en una crisis, que acaba en insolvencia. Las dificultades crecientes para cristalizar de forma positiva una negociación laboral, con posiciones encontradas entre las partes, pueden acentuar la crisis empresarial que desemboque en la declaración de concurso por causa de insolvencia.

Cuando se llega a la fase de liquidación –bien solicitada por la sociedad deudora o por el juez, mediante su apertura de oficio o a instancia de un acreedor (ex art. 142.4 LC) - una de sus consecuencias, finalmente, sería la extinción global y definitiva de las relaciones laborales, por inexistencia de empleador y venta por elementos del activo empresarial. Sin embargo la LC, fiel a su espíritu conservador de empresas permite proponer *in extremis*, en el plan de liquidación, si fuera factible, (propuesta que se convierte en exigencia en las Reglas Supletorias) la enajenación unitaria o parcial de la empresa, lo que va a favorecer,

condiciones en vigor el día de la apertura del procedimiento, pese a cualquier cláusula en sentido contrario. La vigente Ley de salvaguarda de las empresas de 2005 ha asumido, con indudable acierto, el criterio de la Ley de 1985 que, aunque recogido por lo que se refería a la cesión, se silenciaba sin embargo a la hora de regular la cesión en globo en la liquidación judicial. En su art. L 642-7 dispone que “el Tribunal establecerá los contratos de leasing, arrendamiento o suministro de bienes o servicios necesarios para el mantenimiento de la actividad, tras considerar las observaciones de los cocontratantes del deudor, transmitidas al liquidador o administrador, cuando éste haya sido nombrado. La resolución de aprobación del plan llevará aparejada la cesión de estos contratos”. Se debe resaltar que no se necesita el consentimiento de los cocontratantes ; el Tribunal, para resolver, le basta con ponderar sus observaciones. Por otra parte, no descende a pormenorizar los bienes y servicios a transmitir. Con mejor técnica jurídica, deja a criterio del Tribunal decidir cuales sean los necesarios para mantener la actividad. Vid. PEROCHON, F.-BONHOMME,R., *Entreprises en difficulté...*, o.c., p. 420. GUERNELLI, M., “La reforma *delle procedure...*”, art. cit., p. 282. El Decreto 2009-160 de 12 de febrero de 2009, de aplicación de la Ordenanza 2008-1345, ha precisado que las disposiciones sobre contratos en curso se aplicarán tanto si hay mantenimiento de la actividad como si ésta hubiera cesado, al no estar autorizada su continuidad. Vid. VALLANSAN, J., “Reforme de la loi de sauvegarde...”, art. cit., p. 14. ROUSSELL GALLE, Ph., “Les “nouveaux” régimes...”, art. cit., pp. 59 ss. CAIAFA, A., “Fase Liquidatoria del Concordato preventivo con Cessione dei Beni”, en Riv. Dir. Fall. pp. 1729-1742 (citado por RUBIO, P .J., “La enajenación de la empresa”, cit., p. 267) . Este autor recomienda, en casos de convenio preventivo en la legislación italiana, la aplicación de las normas que regulan, en la venta voluntaria, la sucesión automática de los contratos en curso, estipulados por el ejercicio de la actividad empresarial, que no tengan carácter personal, sin perjuicio del derecho posterior de rescisión por justa causa, del contratante cedido –art. 2258 Codice Civile-.

llegado el caso, la permanencia total o parcial de la plantilla o, si la extinción de las relaciones laborales es completa, el alta de otro colectivo de trabajadores.

La inviabilidad de la empresa, y en consecuencia la no factibilidad de su enajenación, puede radicar, en ocasiones, en la posibilidad o no de lograr un acuerdo administración concursal-representantes de los trabajadores, sobre las condiciones de la extinción, suspensión de las relaciones laborales o modificación de los contratos de trabajo, cuando la aprobación del planteamiento realizado por la administración concursal, o el deudor en su propuesta de liquidación anticipada, incluyendo alcanzar un óptimo laboral, sea requisito indispensable para la enajenación de la empresa. La falta de acuerdo –por supuesto, en aspectos sustanciales- o la excesiva dilación en su consecución, al estar condicionada la aprobación del plan de liquidación al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 64LC, en relación con el art. 148.4LC, puede, en la práctica, hacer inviable la enajenación de la empresa. Además, un acuerdo desfavorable a los resultados de un análisis que optimice el colectivo laboral en la empresa, disuadiría a los posibles adquirentes⁵²⁷.

Por otra parte, el auto judicial por el que se aprueba una solución no acordada con los representantes de los trabajadores sobre los contratos de trabajo, si bien –como analizaremos en su momento- es factible jurídicamente, la excesiva dilación en sustanciar el recurso de suplicación, juntamente con el resto de recursos que la legislación laboral concede a los trabajadores, aunque ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso (art. 197.8LC), puede dilatar en demasía la puesta en práctica de la enajenación de la empresa, ya que mal se podrá llevar a cabo una valoración de la misma, con fijación de un precio de venta y comienzo de las operaciones de búsqueda de adquirentes, sin que adquiera firmeza la sentencia judicial mediante la cual se fije definitivamente el colectivo laboral de la empresa o de la rama de actividad a enajenar, así

⁵²⁷ En ocasiones, la reducción de la plantilla suele fallar por la dificultad en admitir, por parte de los representantes de los trabajadores, el planteamiento sobre el volumen de la reducción, el monto de indemnizaciones o la distinta consideración del peso específico que tiene la plantilla en la inviabilidad de la empresa.

como las condiciones salariales de los que continúen e indemnizatorias de aquellos que vayan a causar baja en la entidad.

Lo hasta ahora expuesto, cabe ser aplicado igualmente a la enajenación, mediante las RLS, con la diferencia de no existir, en este caso, un plazo que condicione el cumplimiento de lo establecido en el art. 64 LC. Sin embargo, la inexistencia de plazo tiene un límite, ya que, transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación (art. 153 LC), debiera haberse finalizado ésta, salvo justa causa. Y aunque la tramitación de los expedientes en materia laboral y la tramitación procesal de los recursos que pudieran presentarse entendemos que justifica la dilación, el deterioro que sufre la empresa con el transcurso del tiempo –sobre todo si se quiere mantenerla en actividad- es indudable; deterioro que correrá, generalmente, parejo con la falta de interés progresivo de sus potenciales adquirentes y, en su caso, de la pérdida paulatina de valor de la empresa, con el consiguiente perjuicio del montante a cobrar los acreedores por sus créditos.

4.5 La valoración de la empresa o de sus unidades productivas, condición indispensable para contemplar su enajenación

Sin una empresa viable no cabe plantearse la factibilidad de su enajenación. Pero la empresa, o sus ramas de actividad, además de ser viables, requieren una valoración, con el fin de enjuiciar si lo más factible es enajenar la empresa de forma unitaria o, por el contrario, hacerlo de forma fraccionada, transmitiendo sus distintas ramas de actividad o bien finalmente, proceder a la venta separada de sus distintos elementos, ya que no se debe perder de vista la finalidad de la liquidación, cual es obtener el mejor precio del activo del deudor, con el que atender los créditos de los acreedores y, si éste primer objetivo no sufre gran menoscabo, lograr la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo.

El punto de arranque de la valoración se centra en el inventario de la masa activa, aportado por el deudor juntamente con la solicitud de concurso (art. 6.2.3ºLC) y en el que debe elaborar la administración concursal (art. 82.1LC), entendemos que fundamentado en el primero y depurado por las distintas aportaciones y disminuciones que se hayan

realizado por dicho órgano. El inventario presentado por el deudor debe expresar el **valor de adquisición** de los bienes y derechos inventariados y una **estimación del valor real actual**, neto de cargas y gravámenes. El inventario de la administración concursal debe recoger el **avalúo** de los bienes y derechos, con arreglo a su **valor de mercado**, neto también de cargas y gravámenes.

El legislador no llega a configurar una valoración de la empresa como tal. Podría haber indicado, si de un activo empresarial se tratase, “el avalúo de los establecimientos, explotaciones u otras unidades productivas”, pero se limita a ordenar la valoración genérica de los bienes y derechos del activo concursal. De todas formas, considero que cabe interpretar –a la luz del art. 100.2.II LC- que el legislador impone la valoración de la empresa, puesto que el precepto aludido, al hablar de su enajenación, lo hace “del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial...” Podemos pues afirmar que el legislador no sólo pretende la valoración de los distintos elementos del activo de una empresa (bienes y derechos), sino también que esa valoración se extienda al conjunto unitario de la misma. Sólo así se podrá decidir sobre la factibilidad de contemplar su enajenación, en todo o en parte, o la de cada uno de sus elementos que la integran; para ello, ordena a la concursada la estimación de su valor real actual, partiendo del inicial valor de adquisición, que debiera asemejarse –si los parámetros escogidos fueran correctos- al valor de mercado (más exactamente debiera haberse utilizado la expresión “precio de mercado”), incluido en el informe de la administración concursal⁵²⁸.

Además del inventario –radiografía estática del activo de la entidad concursada- la valoración requiere fundamentarse en otro parámetro esencial cual es la viabilidad, es

⁵²⁸ En el IV Congreso de Jueces especializados en asuntos de lo Mercantil se plantea la cuestión, ante la posibilidad de venta unitaria de la empresa, de su valoración, realizada en el informe definitivo de la administración concursal de forma individualizada sobre cada elemento patrimonial, pero que al considerar en la fase de liquidación el conjunto de la empresa el valor atribuido no coincidirá con la suma de los valores de los bienes aislados que la conforman. Su conclusión es que el valor otorgado en el inventario de la masa activa a los bienes no vincula a la administración concursal en, cuanto al precio de enajenación de tales bienes, no suponiendo una alteración del informe definitivo la valoración que se haga de la empresa en su conjunto. “La enajenación de una unidad productiva...presentará siempre un precio de realización distinto de la matemática adición de los valores de los elementos que la componen”. IV Congreso de Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil, 9ª conclusión. RcP, nº 9/2008, La Ley, pp. 408-409.

decir el análisis dinámico de la actividad de la empresa, actual o potencial, y de sus perspectivas de futuro. Si la empresa o sus ramas de actividad resultan inviables, la factibilidad de su enajenación deviene imposible. La valoración, entonces, se reducirá a la de cada uno de sus elementos. Inventario y análisis de viabilidad son, pues, presupuestos indispensables para una correcta valoración. Genéricamente cabría definir la valoración de una empresa como el proceso mediante el cual se busca la cuantificación de los elementos que constituyen su patrimonio, su actividad, su potencialidad o cualquier otra característica susceptible de ser valorada⁵²⁹.

La valoración es un proceso. No una aplicación directa de una fórmula matemática. El valor actual de un activo cualquiera está en función de la totalidad de los flujos de liquidez que se espera genere en el futuro. La capacidad generadora de liquidez indicará su valor⁵³⁰. Al valorar una empresa, se trata de determinar su valor intrínseco y no su precio de mercado; se pretende conseguir un intervalo de valores razonables, dentro del cual estará incluido el valor definitivo. El valor no es un hecho. Cabe considerarlo como una opinión. El valor es una posibilidad. El precio, sin embargo, es una realidad⁵³¹.

El **precio** es el resultado de una transacción sobre una empresa, en circunstancias concretas. En el precio inciden factores relacionados con el comprador, vendedor y circunstancias exógenas. El **valor** es el resultado de la aplicación a la empresa de determinadas hipótesis, que no necesariamente son las que concurren en la determinación del precio resultante de la transacción, aplicando métodos generalmente aceptados, sin influencias de condicionantes externos, ni de presiones que afecten a sus conclusiones,⁵³² aunque sin perder de vista el aspecto subjetivo que debe estar presente en toda valoración.

⁵²⁹ ALAMO DEL, V., Y ALVEAR, L., “Principales métodos de valoración”, en SANJURJO, M./ REINOSO, M., *Guía de valoración de empresas*, 2ª edic., Ed. Pearson Educación S.A., Madrid 2003. p.76.

⁵³⁰ MASCAREÑAS, J., “Prólogo”; en LÓPEZ LUBIAN, F.J., y LUNA WUTZ, W. DE., *Valoración de empresas en la práctica*, Ed. Mc Graw-Hill, Madrid 2001, p. XI.

⁵³¹ ALAMO DEL, V. Y ALVEAR, L-, “Principales métodos...”, cit., p. 77.

⁵³² SANJURJO, M., “Presentación general de la obra. Conceptos generales de valor”, en SANJURJO, M., Y REINOSO, M., cit., pp 20-21 y HERNANDO, S., Y RODRÍGUEZ, C. A., “La valoración de activos fijos: inmovilizaciones materiales”, en SANJURJO, M., Y REINOSO, M., cit., p. 491.

La valoración es, por tanto, una estimación, que no conduce a una cifra exacta y única, ya que ello dependerá de la situación de la empresa, del momento de la enajenación y de las variables –objetivas y subjetivas- utilizadas.

De lo expuesto puede deducirse que una valoración no es una auditoría. La auditoría da una seguridad razonable de que las cuentas anuales de la empresa auditada presentan una imagen fiel de la situación financiera patrimonial y del resultado de sus operaciones, durante el periodo analizado⁵³³. Una valoración parte de unas cifras que se consideran válidas, estén auditadas o no, sobre las cuales se construye el análisis valorativo. El trabajo del experto consiste en entender adecuadamente el funcionamiento de la empresa, describir cuales son los “conductores de valor”; intentar prever cual puede ser el futuro de la empresa, en la proyección de su funcionamiento. Necesita descubrir los “aspectos críticos del negocio”, para evaluar su impacto sobre el valor, ante modificaciones significativas de su comportamiento.

El “valor objetivo” de una empresa se obtiene a partir de los beneficios que pueda generar en el futuro, sin tener en cuenta los sujetos intervinientes. El “valor subjetivo” viene dado por la utilidad futura que sea capaz de aportar al adquirente. Llegados a este punto debemos preguntarnos si hay un valor objetivo o diversos valores objetivos, según los parámetros empleados en la valoración. Indudablemente, -y aplicando los principios que vamos enunciando en nuestro estudio- la ponderación de determinadas medidas que pueden llevarse a cabo, incluso durante la fase común del concurso, pueden influir decisivamente en la valoración. No es igual valorar una empresa en liquidación, en su situación actual, con reducida viabilidad, que extinguidos, por ejemplo los contratos laborales que conducen a la empresa a un óptimo laboral, con razonables expectativas de continuidad rentable en su actividad. Igualmente modificará su valoración si se gestionan de forma más positiva sus recursos, o bien, si se tiene en cuenta una remodelación de su financiación, mediante la venta de recursos ociosos o infrautilizados. Por otra parte, el componente subjetivo de una valoración económica, también en el caso de enajenar una

⁵³³ SANJURJO, M., “Presentación general...., cit., , pp. 31-32.

empresa en liquidación, es trascendental. El experto debe inicialmente, resolver estas preguntas: valor, ¿para qué?; ¿para quién?; ¿en qué circunstancias?

En nuestro análisis la finalidad de la valoración es clara:

- Debe servir para enajenar –no para otro tipo de transacción- la empresa o, en su caso la rama o ramas de su actividad, siempre que ello sea factible, en un proceso de liquidación.
- Para materializar su venta, además, a corto plazo.
- Para el cobro en metálico del precio obtenido; no mediante pago aplazado⁵³⁴.

¿Para quién se efectúa la valoración? El principal beneficiario de la valoración – aparte de la administración concursal, sociedad deudora, acreedores y juez- es el potencial adquirente. La administración concursal necesita conocer su resultado para optar por la venta unitaria, por ramas de actividad o mediante elementos. Deudora y acreedores por si hay motivo de oposición al considerarse perjudicados por sus conclusiones. El juez, obviamente, para adoptar la decisión final respecto al plan de liquidación. El potencial adquirente para fundamentar su postura de compra y, en su caso, aceptar o no el precio de la transacción. Por ello, el experto –ayudado, en su caso, por especialistas en venta de empresas, (las empresas especializadas suelen contar con las personas idóneas en ambos campos)- deberá analizar cuidadosamente a que segmento de adquirentes irá dirigida la venta. No es igual la valoración de una empresa, cuyos competidores pueden estar interesados en la ubicación estratégica de sus fábricas o centros comerciales, que aquellos que están interesados en las patentes y procedimientos de innovación de la empresa en liquidación o los que pueden desear fundamentalmente ampliar su ámbito de actuación con la red de clientes, nacional e internacional, de la entidad concursada. El análisis del valor económico, en función del potencial comprador puede hacer modificar el precio de venta de la operación.

⁵³⁴ El cobro aplazado sería factible, si estuviera completamente garantizado y su conversión en metálico se produce a corto plazo.

Finalmente, el conocimiento de las circunstancias que configuran la operación, incidirá igualmente en su valor. El sector en el que está enclavada la empresa, el momento del ciclo económico, el tipo de negocio son, entre otros, aspectos importantes en la apreciación subjetiva de la valoración. La conjunción de los aspectos objetivos y subjetivos comportará la consecución del valor económico correcto, con independencia del método que se emplee.

Aún cabe añadir un factor más en el proceso valorativo y es el encargado de la valoración. Para valorar correctamente una realidad económica hay que conocer esa realidad. No existen “valores universales” de cualquier negocio. Es, pues, de capital importancia elegir un experto en valoración, adecuado para esa empresa. Para valorar un negocio hay que saber del negocio. Por ese motivo, la valoración, generalmente, no podrá llevarla a cabo la administración concursal, sino peritos en evaluación de empresas, a ser posible que conozcan el sector, ya que la utilidad de la valoración de una empresa es directamente proporcional al conocimiento que tenga del mismo quién la realiza. Para valorar correctamente hay que entender el modelo de valoración que se está aplicando, el cual será tanto mejor cuanto más ayude a entender la realidad del negocio que se pretende valorar. Para ello, el experto deberá explorar todas las variables –objetivas y subjetivas– que inciden en el proceso, cuantificándolas razonablemente.⁵³⁵

Expuestos los criterios fundamentales para lograr una correcta valoración, debemos ahora analizar el método más idóneo para lograr una valoración ajustada de la empresa, de sus unidades productivas autónomas, así como de sus diversos elementos, para poder decantarse por la mejor opción resultante de enajenación, acorde a los objetivos propugnados por el legislador. Y finalmente, como consecuencia, precisar un precio marco de referencia, juntamente con el precio mínimo de venta, a la opción elegida.

Los dos extremos en la valoración de una empresa son el de su valor de liquidación y el de la empresa en funcionamiento, con proyección futura de continuidad. El valor de

⁵³⁵ Vid. LÓPEZ LUBIAN, F. J., LUNA WUTZ, W. DE, *Valoración de empresas en la práctica*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid 2001, pp. 3-4.

liquidación se calcula hallando el patrimonio neto ajustado, que corresponderá a la suma de valores de cada elemento por separado, asumiendo que la empresa cesará en su actividad –o que estando inactiva, seguirá en ese estado-. Al valor contable de cada elemento se le aplicará la plusvalía o minusvalía necesaria para determinar su valor real. El fondo de comercio y los activos intangibles se eliminan, salvo aquellos cuya transmisión se considere factible (patentes, marcas, clientela, etc.). El precio de mercado obtenido por cada elemento tendrá una prima negativa, en función de la rapidez que deba imprimirse a su venta. Este es el valor mínimo de la empresa, ya inactiva o sin proyección de actividad, el cual deberá compararse con el que se dé a la empresa en funcionamiento o a sus ramas de actividad, con el fin de elegir la mejor opción de venta.

Para la valoración de una empresa en funcionamiento quizá uno de los más adecuados sea un método mixto que combine la valoración real de los medios de producción (excluidos los no utilizados en la explotación, es decir, los no operativos o que no aportan utilidad a la empresa)⁵³⁶, incluyendo adicionalmente la valoración de los activos intangibles (fondo de comercio, situación en el mercado, clientela, derechos de franquicias, etc.), juntamente con un método dinámico, basado en la actualización de los rendimientos futuros⁵³⁷ que se espera obtenga la empresa, no sólo por medio de su activo actual de explotación, sino también mediante las correcciones necesarias (costos de regulación de empleo, etc.) y la adición de los medios materiales y/o organizativos, indispensables para la continuación de la actividad. Por supuesto, distinguiendo el valor de los medios actuales con que cuenta la empresa de los que debería aportar el eventual adquirente, con el fin de evaluar correctamente el activo real actual con que cuenta la empresa. Como hemos indicado, los bienes y derechos a incluir en la valoración

⁵³⁶ Este método, llamado del valor sustancial, representa la inversión que debería efectuarse para constituir una empresa en idénticas condiciones a las que se está valorando o, dicho de otra manera, el valor de reposición de los activos afectos a la explotación, en el supuesto de continuidad de la empresa. ALAMO, V. DEL Y ALVEAR, L., “Principales Métodos de Valoración (I)”, cit., p. 96.

⁵³⁷ Cabría también, como método dinámico alternativo, utilizar el Descuento de Flujos de Caja (o de Tesorería), que consiste en calcular el valor actual neto de la totalidad de flujos de caja libres (es decir, beneficio neto de impuestos + amortizaciones +- necesidades de capital circulante +- inversiones netas en inmovilizado) que se supone proporcionará la empresa, descontados al coste de oportunidad del capital, que está ajustado al riesgo sistemático del activo a valorar. MASCAREÑAS, J., “Prólogo”; en LÓPEZ LUBIÁN ,F.J., LUNA WUTZ, W De, o.c., p. XI.

patrimonial del activo, serían los que inciden directamente en su actividad. No se valorarían, por ejemplo, los inmuebles o la maquinaria, no afectos a la actividad; la cartera de valores; los deudores.....salvo que por su carácter estratégico (una filial de la empresa en liquidación, comercializadora de sus productos) o por su no inclusión, se pueda condicionar negativamente la venta o que, por su mantenimiento en el activo, pueda incrementarse la valoración del negocio (terrenos en los que puede, en el futuro, levantarse una nueva fábrica).

Lógicamente el método sugerido no significa que no pueda elegirse cualquier otro que resulte idóneo para llegar a una valoración lo más razonable posible, bien del activo en explotación de forma unitaria o por ramas de actividad, cuya enajenación se considere finalmente más factible que la venta en conjunto. De todas formas, debería recoger los aspectos sustanciales expuestos –tanto objetivos como subjetivos-, con el criterio de proyectar su análisis en función de aquel adquirente o segmento de adquirentes que pueda, a través de la valoración, pagar el mayor precio (al encajar la empresa con sus necesidades), dando continuidad a la actividad de toda o parte de la empresa y al colectivo laboral que coopera a esa continuidad o que, si la extinción de las relaciones es total, posibilite la ocupación laboral de otro colectivo de trabajadores.⁵³⁸

Indicar, para terminar este apartado, que en función de la valoración:

- se tomará la decisión de contemplar la enajenación unitaria de la empresa, por ramas de actividad o la venta por elementos.
- se adoptará un precio de referencia, con un soporte mínimo para la venta de la solución adoptada, a partir del cual la administración concursal –o el deudor en su propuesta anticipada- podrán incluirlo en el plan de liquidación.

⁵³⁸ En el IV Congreso de Jueces especializados en asuntos de lo Mercantil, y refiriéndose a la enajenación de una rama productiva de actividad (aunque bien podría aplicarse a la valoración de la empresa unitaria) se indicaba que “...las proyecciones sobre la evolución del negocio y la rentabilidad del mercado, bajo criterios habituales como el valor de flujo de caja descontado resultan difícilmente aplicables cuando se trata de una unidad productiva desgajada de una empresa, unidad que en sí misma no ha participado en el mercado. Quizás por ello, la mayor garantía para conocer el precio sea conjugar las proyecciones de valoración con el conjunto de ofertas de compra efectivas realizadas en la liquidación, o incluso antes de ella”. 9ª conclusión del IV Congreso de Jueces especializados en los asuntos propios de los juzgados de lo Mercantil, en RcP,nº 9/2008. Documentos ., p. 409.

4.6 Otras formas de liquidación: Fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo

Las operaciones de liquidación en la LC están centradas en la enajenación de los bienes y derechos de la empresa, bien en forma global, por ramas de actividad o elementos sueltos. Enajenación “contemplada” aunque no impuesta, al menos en el plan de liquidación ordinaria para el conjunto unitario de la empresa. Obligada en las RLS, salvo que los intereses del concurso induzcan al juez a su venta por unidades económicas o por elementos.

El legislador, pudiendo haber ampliado las posibilidades de liquidación a operaciones de fusión o escisión de la sociedad –como expresamente lo dispone para la propuesta de convenio- nada indica al respecto, aunque tampoco prohíbe contemplarlas. Y la razón es clara. No es igual abordar un acuerdo convenido –deudor, acreedores- mediante la continuidad del titular de la sociedad –y de la sociedad misma- en su actividad empresarial, conservando su activo y su pasivo, que cristalizar unas operaciones de liquidación en las que el titular no va a ser ya quien dirija la disposición y administración del patrimonio empresarial; la sociedad está normalmente abocada a su extinción; los acreedores ya no forman parte de un pasivo empresarial, sino que se constituyen en titulares de unos derechos de cobro contra el patrimonio a liquidar de la sociedad deudora. No hay ya activo y pasivo de la deudora, sino un patrimonio; unos acreedores (jerarquizados sus créditos según sus privilegios o subordinación, constituyendo el resto los denominados acreedores ordinarios); unos órganos concursales –juez y administración concursal- con la encomienda, si es posible, de llevar a buen puerto, mediante la liquidación, la conclusión del concurso; y como elemento residual –salvo en la liquidación anticipada- una deudora con ciertas facultades, fundamentalmente en lo procedimental, junto con las obligaciones derivadas de la ayuda e información a los órganos del concurso.

Por otra parte en la liquidación concursal:

1. No suele haber patrimonio neto, ya que en la práctica totalidad de los concursos es la insolvencia patrimonial la causa de los mismos.
2. Los socios, en consecuencia, nada recibirán, por lo general, del producto obtenido por la transmisión del patrimonio.
3. Lo normal es que tampoco los acreedores –sobre todo ordinarios y subordinados- perciban la totalidad de sus créditos, en la prorrata del remanente que pueda existir después de haberse atendido a los créditos de la masa y los privilegiados.
4. Los acreedores no recibirán como contravalor de todo o parte de sus créditos, en las eventuales modificaciones estructurales societarias, acciones o participaciones de la o las entidades beneficiarias a las que se les haya transmitido el patrimonio. Son los socios –en la fusión y en la escisión total o parcial-; la propia empresa –en la segregación- y ambos –sociedad o socios en la cesión global de activo y pasivo- quienes reciben ese contravalor (en la cesión global el contravalor no podrá ser en valores de la entidad cesionaria), no los acreedores.

Ante las dificultades expuestas el legislador concursal parece que consideró lo más oportuno orillar estas posibles fórmulas de liquidación, aunque sin prohibirlas, dejando a la iniciativa de las partes –deudora, administración concursal y acreedores concursales- la búsqueda de otras soluciones liquidativas que no fueran la enajenación, formuladas dentro de la legalidad.

Antes de analizar las posibilidades de transmisión que figuran en el epígrafe, no debemos pasar por alto la dación en pago del patrimonio a liquidar a los acreedores en pago de sus créditos. Figura prohibida por la LC (art. 100. 3 LC) para la propuesta de convenio que, sin embargo, no se hace extensible a la liquidación. En el plan de liquidación, tanto de la deudora –propuesta anticipada de liquidación- como en el presentado por la administración concursal cabe a nuestro juicio plantear esta forma de liquidación. Valorado el patrimonio y planteada la mejor fórmula para ceder el patrimonio –la empresa como unidad; por ramas de actividad; por elementos- u optar por la

enajenación, bien por la deudora en su propuesta anticipada de liquidación o por la administración concursal en el plan de liquidación ordinaria, serán los acreedores los que con sus observaciones o propuestas de modificación indicarán su preferencia por la cesión, por la enajenación u otras formas de transmisión. Será el juez, en definitiva quien aprobará la fórmula propuesta o, en su caso, incluyendo las modificaciones que considere convenientes a los intereses del concurso, acordando la liquidación mediante las RLS si no hubiera otra solución más favorable.

En la nueva Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (LMES), de 3 de abril, se actualizan, de acuerdo con las Directivas comunitarias sobre la materia, la fusión, escisión total y parcial, la segregación, así como la cesión global de activo y pasivo⁵³⁹.

Por lo que atañe a las posibilidades que la Ley aporta a las operaciones de liquidación, consideramos que tanto la fusión como la escisión total o parcial resultan difíciles de encajar en la liquidación del patrimonio de la sociedad concursada, ya que en ellas, quienes reciben la contraprestación de las acciones o participaciones resultantes de la fusión o la escisión son los socios de las sociedades que se extinguen –fusión y escisión total- o que traspasan en parte una o varias unidades económicas (escisión parcial).

Al ser los socios y no los acreedores los beneficiarios de esos valores –ni siquiera la entidad- será poco viable tratar de llevar a la práctica una liquidación concursal de una sociedad a través de esas modificaciones estructurales, ya que incluso las exenciones fiscales derivadas de la fusión y la escisión (arts. 83. 1 y 2; 84. 1 y 88. 1 del R. D. leg. 4/2004) sólo se aplicarán si se atribuyen a los socios de la entidad transmitente los valores que sirven de contraprestación a los bienes y derechos que constituyen el patrimonio o las unidades económicas autónomas transmitidas.

⁵³⁹ Vid. CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *La cesión global de activo y pasivo como mecanismo de liquidación y como supuesto de modificación estructural*, Madrid 2004. SÁNCHEZ OLIVÁN, J., *La fusión y la escisión de sociedades. Aportación de activos y canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo*. Dijusa, Madrid 2004, 2ª ed.

Segregación

Por el contrario, la segregación (art. 71 de la LMES) brinda más posibilidades de utilizarla en la liquidación concursal, como alternativa a la enajenación del patrimonio, ya que

- 1° Acoge el traspaso en bloque y por sucesión universal (es decir, sin necesidad de consentimiento de los acreedores por la novación subjetiva que supone el cambio de deudor –art. 1205 Cc-) de una o varias unidades económicas del patrimonio de la concursada.
- 2° No son los socios de la entidad segregada quienes reciben la contraprestación en valores (acciones o participaciones de la sociedad o sociedades beneficiarias), sino la propia sociedad.
- 3° La sociedad segregada llevará a cabo el reparto de los valores –o de su contravalor una vez vendidos⁵⁴⁰– a los acreedores, con la prelación dispuesta en la LC.

Sin embargo, esta modalidad mercantil no está recogida en la LIS (art. 83.2.1° b y c) como receptora de las exenciones fiscales derivadas de la transmisión, ya que, para resultar aplicable, los valores representativos del capital social de las sociedades beneficiarias deberán entregarse no a la sociedad transmitente sino a los socios. Consideramos que, a la luz de la nueva definición de la segregación se debería modificar el contenido del art. 83.2 LIS., adaptándolo al concepto actualizado.

Cesión global de activo y pasivo

Quizá sea ésta la figura modificativa de la estructura societaria que mejor podría acomodarse a sustituir a la tradicional enajenación del patrimonio de la deudora.

⁵⁴⁰ Posiblemente la dificultad podrá radicar -además de la aprobación que los acreedores deben prestar al proyecto de segregación, especialmente a la valoración del patrimonio a transmitir y a la ecuación de canje- en la venta de los valores recibidos como contraprestación, salvo que los propios socios de las sociedades beneficiarias u otros interesados en las mismas, deseen adquirirlas, pagando, cuando menos, el justiprecio pactado en la transmisión del patrimonio.

En la LIS (art. 83. 3 y 4) se configura una “aportación no dineraria de ramas de actividad” consistente en la aportación sin disolución a otra entidad de nueva creación o ya existente de la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente, pudiendo atribuir a ésta las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan. Recogiendo en parte lo expuesto en la LIS, el art. 81 LMES configura la cesión global de activo y pasivo con las siguientes características esenciales:

1. Transmisión por una sociedad inscrita (no aplicable por tanto a sociedades no inscribibles en el Registro Mercantil o en otro registro público, ni a sociedades mercantiles no inscritas).
2. Trasmisión en bloque por sucesión universal⁵⁴¹ de todo su patrimonio –bienes, derechos y deudas- a uno o varios socios o terceros (diferenciándose así de la escisión y la absorción).
3. Cesión de ramas de actividad, mediante contraprestación, hasta completar el patrimonio.
4. Contraprestación en dinero o valores que no consistan en acciones o participaciones del cesionario (difiere del resto de modificaciones estructurales).
5. La sociedad cedente no se extingue, salvo que la totalidad de la contraprestación la recibieran en su totalidad y directamente los socios.

De lo expuesto se deduce que la transmisión del patrimonio de una sociedad en liquidación concursal encaja bien en la normativa concursal de la liquidación, al poder llevarse a cabo mediante la cesión de la empresa unitaria o por ramas de actividad,

⁵⁴¹ La importancia de la sucesión universal se cifra en la búsqueda de la continuación de la situación jurídica inicial. Por la cesión o traspaso en bloque interesa preservar la unidad funcional del patrimonio: que permanezca productivo, siendo susceptible de explotación, lo cual no sería posible si se desgajan elementos funcionales del mismo. Ya no se exige el consentimiento de los acreedores para que la cesión modificativa del crédito libere al deudor original. (art. 1205 Cc), facilitándose un mecanismo jurídico que permite tramitar todos los elementos de la empresa (materiales e inmateriales) en un solo acto. CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *La cesión global de activo y pasivo...*, o.c., pp. 53 y 57.

mediante contraprestación en dinero o valores ajenos a las acciones o participaciones de las entidades cesionarias, recibidos, en todo o en parte, por la propia sociedad cedente, que no se extingue y en consecuencia puede continuar, en su caso, con las operaciones de liquidación que hubieren quedado por terminar. Habría que modificar, para que esta modalidad se beneficiase de la exención fiscal, el art. 83. 3 de la LIS, en el sentido de darle el contenido adecuado a la contraprestación, sustituyendo las acciones o participaciones de la entidad cesionaria por metálico u otro clase de valores o, cuando menos, dar cabida –además de recibir a cambio valores de la sociedad cesionaria- a otras posibilidades de contraprestación.

En el proyecto de cesión global reviste particular importancia la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio –previamente recogidos en el informe que la administración concursal eleva al juez (art. 75 LC) o evaluados por la deudora antes de su propuesta anticipada de liquidación, efectuada previamente a la presentación de aquel informe-, juntamente con las impugnaciones que del inventario y la lista de acreedores puedan haber efectuado las partes interesadas. Juntamente con la valoración se precisará el reparto de los elementos que del activo y pasivo hayan de transmitirse a cada cesionario, así como la contraprestación a recibir por la sociedad en liquidación y los posibles expedientes de modificación, suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales (art. 64 LC). Proyecto de cesión global que, enmarcado en una liquidación concursal, considero que no debiera ser analizado y acordado por la Junta de socios de la sociedad cedente en la liquidación ordinaria, ya que es a la administración concursal a quien por Ley se le ha conferido los poderes de administración y disposición del patrimonio concursal y la cesión global que se contempla no es sino una medida a integrar en el plan de liquidación. Incluso la falta de consentimiento de algunos acreedores al proyecto es irrelevante, ya que, como hemos indicado, al transmitir su patrimonio en bloque por sucesión universal, no se requiere su aprobación para el cambio de deudora. Sin embargo, cuando la cesión global se incluya en la propuesta anticipada de liquidación por la deudora, la Junta General de socios será quien analice y apruebe inicialmente la propuesta para que pueda incluirse en la solicitud anticipada de liquidación. De todos modos, la decisión final no recae ni en la administración concursal –ni en la deudora en la propuesta

anticipada- sino en el juez, máximo exponente de la aprobación o no del plan de liquidación y, en consecuencia, de la cesión global integrada en el propio plan.

Importante a destacar es el derecho de oposición de los acreedores a la cesión global no por lo que respecta al cambio de entidad deudora sino a su derecho de garantía de sus créditos. Entiendo que, en la cesión global, integrada en el plan de liquidación concursal la garantía alcanzaría a los créditos especialmente garantizados: créditos contra la masa y los especialmente privilegiados, los cuales no perderían su afección a determinados bienes y derechos. Los créditos con privilegio general, por afectar a la totalidad del patrimonio, se transmitirían a la cesionaria con esa calificación si se llevase a cabo la transmisión de la empresa globalmente considerada. En caso de cesión de ramas de actividad -si esos créditos corresponden a deudas contraídas para la organización o para el funcionamiento de los elementos que se traspasan en esas unidades autónomas de actividad- parece que pudieran continuar con ese mismo privilegio, sin extender el mismo a otras ramas de actividad de la empresa. En caso contrario, el privilegio se extendería con carácter solidario a todas las ramas de actividad, salvo pacto en contrario con los acreedores.

La sociedad cedente puede retener aquellas deudas difíciles de incardinar en la o las cesionarias – créditos contra la masa, los privilegiados sin atribución específica a elementos empresariales- ya que puede atenderlos con la contraprestación recibida por el patrimonio cedido. Si eventualmente quedase algún remanente se repartiría entre los socios de la concursada –últimos acreedores- antes de la conclusión del concurso, extinción, en su caso de la sociedad e inscripción de la misma en el Registro Mercantil.

Con este somero análisis deseamos dejar constancia de las distintas posibilidades de transmisión de la empresa que la Ley de modificaciones estructurales ha abierto en orden a la mejor liquidación de su patrimonio y a la satisfacción de sus acreedores.

4.7 Contenido material orientativo del plan de liquidación

4.7.1 Consideraciones generales

El enunciado de este capítulo debiera haberse reflejado en plural, ya que el legislador no contempla uno, sino dos planes en la liquidación ordinaria, además de la propuesta de liquidación anticipada, que voluntariamente puede presentar el deudor. El primero, presentado por el deudor, como propuesta (art. 6.4LC) que se acompaña a la solicitud de liquidación ordinaria, juntamente con la declaración de concurso voluntario (o en cualquier momento de la fase común concursal); el segundo, por la administración concursal. Constituye la presentación de ambos planes, un deber, salvo cuando el plan sea presentado por la sociedad deudora en fases posteriores a la declaración de concurso; sin embargo, aunque no le sea impuesto por el legislador como una obligación, consideramos que constituye un elemento inseparable a la solicitud de liquidación ordinaria, ya que, a través del plan, se podrán vislumbrar las motivaciones que han inducido al deudor a su solicitud; además la administración concursal y sobre todo el juez, podrán conocer los pasos que pretende dar el deudor para llevar a cabo la liquidación, la valoración que hace de la empresa, los posibles compradores interesados en su adquisición, etc.

Ni a la sociedad deudora –con la solicitud de liquidación ordinaria-, ni a la administración concursal les está permitido obviar su presentación, aunque la deudora podrá diferirla, mediante causa motivada. La administración concursal tiene, sin embargo, unos plazos perentorios para llevarla a cabo: 15 días desde que se le notifique la resolución de apertura de la fase de liquidación, más una prórroga, si el juez así lo acuerda, de otros 15 días. Si no se presentase en plazo, deberá motivar las causas que hayan justificado su omisión; en caso contrario, el juez podrá separar a sus miembros del cargo (art. 37LC), pudiendo incurrir además en las sanciones previstas en el art. 36LC. Aparte del plazo de presentación, el legislador solamente impone al órgano colegiado concursal que el plan a elaborar se dirija a la realización del patrimonio del deudor y, si fuera factible, -cuando se trate de un activo empresarial- a contemplar la enajenación, en todo o en parte del mismo,

exigiendo del juez que decida siempre según “estime conveniente a los intereses del concurso”, es decir en orden a conseguir la mayor cantidad en metálico con que satisfacer los créditos de los acreedores y, a ser posible, mediante la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo.

El legislador no obliga a más en cuanto al contenido del plan presentado por la administración concursal. La doctrina irá elaborando un elenco de condiciones –necesarias unas, importantes otras–; la jurisprudencia interpretará el silencio del legislador, fijando lo que se considere contenido esencial para que el juez pueda pronunciarse⁵⁴². De todos modos, lo que sí debemos manifestar es que el precepto debiera haber recogido otras precisiones –además de la relativa a la enajenación, u otros modos de cesión, de la empresa– con el fin de clarificar las condiciones mínimas necesarias para que un plan de liquidación pueda ser considerado como tal, en beneficio de sus redactores, de los proponentes de modificaciones y del juez, como decisor sobre su aprobación o bien su denegación al acordar la aplicación de las Reglas Supletorias.

⁵⁴² Una cuestión debatida es la posibilidad de incluir en el plan de liquidación actualizaciones de la masa activa, créditos de la masa o incluso créditos concursales manifestados tardíamente, y no incluidos en el informe definitivo ni en la lista de acreedores, sobre todo cuando haya transcurrido un cierto tiempo desde la elaboración del informe. En el IV Congreso de Jueces especialistas en asuntos de lo Mercantil se indica que será conveniente que la administración concursal dé cuenta en el plan de liquidación de las alteraciones acontecidas en el inventario de la masa activa y lista de acreedores desde la presentación del informe y anuncie a los interesados que ciertas actuaciones de liquidación responderán necesariamente a tales cambios, ya que es la única oportunidad procesal que la administración concursal tiene a tal fin.” Sin embargo tal contenido del plan de liquidación no tiene la plena validez jurídica análoga a lo recogido en el informe, puesto que ni la propuesta de plan es equiparable al rigor del informe, art. 75 LC, ni las observaciones del art. 148.2 LC dan lugar a ningún tipo de incidente concursal contradictorio. Por ello, los interesados podrán recurrir bien en apelación la aprobación del plan de liquidación, art. 148.2 *in fine* LC, bien remitirse al incidente concursal, art. 192.1 LC, ya que las previsiones del plan en cuanto a la actualización del inventario de la masa activa y listado de acreedores carecen de validez jurídica para vincular a los interesados. IV Congreso de Jueces..., cit., conclusión 7ª. RcP, 9/2008. Documentos, La Ley p. 408.

4.7.2 De los planes de liquidación propuestos por la entidad deudora

4.7.2.1 Posibles razones de la obligatoriedad de la propuesta en la liquidación ordinaria

Hasta el ALC de 1995 no se proyectaba la posibilidad de pedir la liquidación con la solicitud de concurso, recogida ya en los Anteproyectos y Proyectos posteriores, hasta su inclusión en la LC vigente. Sin embargo, la presentación de un plan, juntamente con la solicitud de liquidación se incorpora en los debates parlamentarios, ya que, si bien en el Dictamen del Consejo Económico y Social de 2001 –como ya anteriormente hemos expuesto- se proponía incluir en el art. 5 (hoy art. 6 LC), entre los documentos que deben acompañar a la solicitud de concurso, un análisis o estudio de viabilidad de la empresa objeto de concurso, no se refería a la solicitud de liquidación, ni tampoco cabía confundirlo⁵⁴³ con un plan de liquidación, en el cual –y como una parte, si bien que importante del mismo- es posible integrar el análisis de viabilidad de la sociedad concursada. Es probable que el legislador haya querido –juntamente con la opción de solicitar la liquidación por la deudora- no privarle de exponer sus razones en un plan que – como máximo conocedor de la empresa, sus posibilidades, valoración y vías alternativas de enajenación- podría servir no sólo para cubrir los créditos de los acreedores, sino también para recuperar todo o parte de los recursos aportados por el empresario o los socios. De todas formas, y al no conceder a la solicitud de liquidación ordinaria de la deudora un tratamiento prioritario, que condujese en breve plazo a la apertura de la fase liquidatoria, –hoy resuelto con la admisión de la propuesta de liquidación anticipada- no se ve la razón de presentar el plan en esta fase previa, salvo quizás para que la administración concursal lo utilice en la fase común o incluso en la liquidativa o sirva como propuesta a la deudora para la modificación del plan de liquidación que elabore el órgano colegiado concursal.

⁵⁴³ MANZANO, M.A., “La liquidación”, cit, p. 635. Confunde el plan de viabilidad con el plan de liquidación cuando expone que “el plan de viabilidad que propone la administración concursal y respecto del que los acreedores y concursado podrán realizar observaciones...”

Si el legislador es parco al exponer los criterios respecto al contenido del plan a elaborar por la administración concursal, todavía lo es más cuando se trata del plan a presentar por la sociedad concursada. Con imponerle el deber de proponer un plan en la liquidación ordinaria (art. 6.4LC) considera cumplido su cometido. Analizaremos ahora si la finalidad “no manifiesta” de ambos planes es la misma, ya que la finalidad explícita de toda liquidación es realizar el patrimonio de la sociedad deudora para satisfacer los créditos de los acreedores y, si hubiere, remanente, los recursos aportados por la deudora.

En el concurso necesario, cuando la insolvencia es actual, al presentarse la solicitud de declaración de concurso por los acreedores, en la mayoría de ocasiones –si se llega a la fase de liquidación- poco o ningún remanente quedará para la deudora; e incluso los acreedores concursales –sobre todo los ordinarios-, en esa fase liquidatoria, generalmente serán resarcidos en escasa medida, si no en ninguna, al no haber bienes, derechos –ni siquiera de terceros responsables- con que satisfacer sus créditos (art. 176.1.4ºLC). Sin embargo, cuando se trata de concurso voluntario, tanto en el caso de insolvencia actual, pero, sobre todo, cuando es inminente, la finalidad del plan que acompaña a la petición de la liquidación con la solicitud de concurso, puede tener distintas lecturas. Por supuesto, la primera es compatibilizar el interés de cobro de los acreedores con la legítima aspiración de tratar de recuperar, por lo menos en parte, los fondos aportados a la entidad por sus socios, los cuales, cuando se trata de persona jurídica, además de titulares de la empresa, son su “último acreedor”, que cobran una vez que el resto de los acreedores –según sus distintas prioridades en la liquidación- han satisfecho sus créditos. Al aportar fondos a la persona jurídica, se convierten en acreedores marginales de la entidad concursada. Es, por tanto, legítimo que intenten recuperar, si fuera posible, en todo o en parte, sus aportaciones.

En esa línea cabría contemplar una finalidad “no manifiesta” en el plan presentado por la sociedad deudora, cual es la de recuperar, por vía indirecta, la empresa, una vez depurada, a través del procedimiento concursal. Si consigue la extinción de los puestos de trabajo suficientes para lograr el “óptimo laboral”; detenida la sangría del pago de salarios

“ineficientes”, respecto a la rentabilidad de la unidad económica, así como del pago de los intereses crediticios –salvo los garantizados-; paralizado el “asedio” de los acreedores respecto al cobro de los créditos pendientes y de los que pudieran haber ido venciendo –la apertura de liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados (art. 146LC)-, podría plantear la venta o la cesión de la entidad a una persona natural o jurídica –incluso con la participación directa de sus socios- a un precio razonable⁵⁴⁴ para los acreedores concursales y con la anuencia de los representantes de los trabajadores. La empresa, así aligerada de pagos perentorios y de alguna de las obligaciones más acuciantes, podría incluso recuperar la viabilidad de la actividad y conseguir su venta en condiciones efectivamente más ventajosas que en el periodo preconcursal. La deudora no incumpliría la finalidad principal de pago a los acreedores, con esta alternativa, consiguiendo, además, la continuidad de la empresa y el mantenimiento, en todo o en parte, de puestos de trabajo. Camino éste factible sobre todo si el órgano de administración de la concursada no está incurso en los supuestos de calificación culpable (arts. 164 y 165LC) en la formación automática de la sección de calificación que conlleva la apertura de la fase liquidatoria. La misma argumentación valdría para el caso en que la deudora considere más rentable la enajenación de aquellas ramas de actividad que pueden tener rentabilidad en sí mismas, vendiendo el resto por elementos.

Ambas soluciones, como otras muchas que en la práctica pueden presentarse, tienen como fundamento la viabilidad de la unidad económica que, en principio, el deudor, mejor que nadie, puede conocer. Sin embargo, el análisis de viabilidad de la empresa, puede no ser coincidente cuando lo realiza la sociedad concursada –o su equipo de expertos- al que pueda elaborar la administración concursal. Y la razón es clara: la deudora piensa, en primer lugar, en lograr su propia salvación; la recuperación, en todo o en parte, del patrimonio que ha arriesgado o de los recursos que ha aportado, bien mediante la enajenación en todo o en parte de la empresa o, al límite, mediante la venta separadamente de sus elementos. No olvida que debe atenderse, mediante la liquidación, al pago de los

⁵⁴⁴ El precio ajustado podría, incluso, equivaler a la quita y espera que hubiera podido plantear en una propuesta anticipada de convenio.

acreedores. Pero, sin dejar de lado esa finalidad primordial, busca por todos los medios legales a su alcance, salvar, todo o parte de su patrimonio. Así, por ejemplo, cuando la deudora considera que el óptimo laboral, para viabilizar la empresa, es la extinción de todos los puestos de trabajo, la administración concursal podría concluir su análisis indicando que el óptimo laboral se conseguiría mediante una extinción parcial. O que es viable la empresa, y por tanto su transmisión, de forma unitaria, mientras que la entidad deudora propugna, como mejor solución, la venta de ramas de actividad.

De lo expuesto se desprende que el análisis de viabilidad en ambos planes de liquidación –de la sociedad deudora y de la administración concursal- puede ser divergente. Incluso es posible que el plan elaborado por la deudora ni siquiera contemple la viabilidad de la empresa, ya que el legislador no le obliga a analizar la factibilidad de su enajenación. Pero hay más. La deudora puede estar interesada en la venta por elementos, cuando de alguno de ellos –piénsese en terrenos con posibilidades de recalificación, patentes de gran valor, etc. en extremo beneficiosas- pueda conseguirse un precio superior al de la empresa en funcionamiento. Si bien esta proposición no tendría efecto si puede demostrarse la viabilidad de la empresa sin que suponga una merma importante en la atención de los créditos de los acreedores, puede encontrar toda su virtualidad cuando la viabilidad sea incierta y sobre todo si no puede demostrarse con argumentos contundentes por la administración concursal.

El legislador, una vez obligada la deudora a presentar propuesta de plan con la solicitud liquidativa de la empresa tan sólo menciona la solicitud en el auto de declaración de concurso (art.21.1.1ºLC). Bien es verdad que la misma cierra el paso a cualquier solución convenida; acreedores, representantes de los trabajadores, administración concursal, así como el propio juez están atados normativamente por la solicitud de liquidación presentada -y no revocada- por la deudora. Sin embargo, durante la fase común del concurso e incluso en la fase de liquidación, el plan de la sociedad deudora no tiene la misma virtualidad.

Siguiendo en el análisis de los distintos motivos por los que el legislador puede haber incluido esta propuesta de plan de la deudora y centrándonos ahora en la fase común, los administradores concursales podrían, basándose en su contenido, solicitar al juez el cese o la suspensión total o parcial de la actividad empresarial (art. 44.4LC) adoptando medidas que, entre otras, supongan la extinción, suspensión de los contratos de trabajo o la modificación sustancial de las condiciones laborales. Piénsese, por ejemplo, en una sociedad de capital en concurso, presentada la solicitud de liquidación, cuyo costo por salarios mensuales es de tal importancia que los ingresos por ventas, con muy difícil incremento, no cubren ese costo fijo, produciéndose un aumento progresivo de las pérdidas, con el consiguiente deterioro del patrimonio a liquidar a favor de los acreedores, a la vez que comporta una falta de tesorería, que estaría incrementando la iliquidez a corto plazo de la empresa. Costo fijo salarial provocado por una plantilla sobredimensionada respecto a la producción y ventas de la entidad y comparativamente en relación a la competencia, en su sector de actividad.

Si en el plan de liquidación ordinaria propuesto por la deudora se analizan las causas de la situación a que ha llegado la empresa, el punto óptimo laboral y la paralización de alguna de sus fábricas o instalaciones (independientemente de otras proposiciones), los administradores del concurso podrían elevar al juez, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, la propuesta de cierre de esas plantas, así como la reducción de la plantilla a una dimensión que resulte adecuada para la viabilidad de la empresa, a través del procedimiento establecido en el art. 64 LC. De esta manera, se podría evitar una sangría permanente que, de seguir así, perjudicaría de forma importante a los acreedores, e incluso al resto de la plantilla si la extinción de contratos laborales fuera tan solo parcial e indudablemente, si el procedimiento termina en la fase de liquidación –por mantenerse firme la deudora en su petición-, la valoración del patrimonio empresarial y el precio a obtener por su enajenación será mayor que si no se hubiera actuado con la celeridad que permite el art. 44.4 LC.

Y en la misma fase común el plan de liquidación de la deudora podría servir a la administración concursal para evaluar –aunque nada se diga explícitamente en la norma

(vid. art. 75.2.3ºLC)-, en el informe a presentar al juez, el contenido del mencionado plan, acogiendo al punto 3 del art. 75 LC, en el que el órgano colegiado debe exponer motivadamente “cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso”⁵⁴⁵.

Ya en la fase de liquidación podría ser el punto de arranque del plan a elaborar por la administración concursal, aunque puedan ambos diferir en sus conclusiones. La administración concursal puede hacer suyo el plan de la deudora y presentarlo al juez como si fuera su propio plan o bien, modificarlo en parte, o no asumirlo, según sus propios análisis y evaluaciones.

Finalmente, y aunque no se hubiera tenido en cuenta por los administradores del concurso a la hora de elaborar su plan, la sociedad concursada podrá presentarlo como propuesta de modificación, esta vez con pleno apoyo normativo (art. 148.2LC), con la obligación del órgano de administración concursal de informar al juez sobre el mismo. Éste deberá analizarlo, bien para modificar el plan presentado por la administración concursal (cabría incluso que el juez aprobase el plan de la deudora en vez del presentado por ese órgano, si así lo estimase conveniente para los intereses del concurso), bien para rechazarlo implícitamente, al acordar la liquidación siguiendo el plan de la administración concursal, bien para sustituirlo por las propuestas de acreedores o representantes de los trabajadores o, finalmente, para proceder según las RLS.

4.7.2.2 Propuesta de liquidación anticipada

Debemos indicar, como premisa inicial, que cabe aplicar a la propuesta de liquidación anticipada del deudor la mayor parte de las consideraciones que hemos expuesto en el epígrafe anterior, al analizar la propuesta de plan que acompaña a la liquidación ordinaria

⁵⁴⁵ La falta de armonización que se echa en falta en determinados preceptos normativos, la encontramos al silenciarse en el informe la evaluación del plan de liquidación presentado por el deudor, ordenando, en cambio, que se evalúen las posibles propuestas de convenio que se hubieren presentado (art. 75.2.3ºLC). Ausencia parcialmente cubierta al incluir la evaluación de la propuesta anticipada de liquidación.

(ex art. 6.4 LC)⁵⁴⁶. Señalaremos ahora más bien las diferencias que existen en ambas propuestas de plan, así como el distinto alcance de la anticipada en la fase de liquidación.

En primer lugar es preciso advertir el carácter voluntario de la propuesta anticipada de liquidación. En cambio, tanto la sociedad deudora en la presentación de su plan de acompañamiento a la liquidación ordinaria, como el órgano de administración concursal, están obligados a elaborar y presentar un plan de liquidación: la deudora, con la solicitud de liquidación; la administración concursal, después de la apertura de la fase de liquidación.

El art. 142 bis. 1 LC, como segunda diferencia, concede a la deudora la posibilidad, no sólo de incoar la fase liquidatoria, sino, a la vez, de proponer un plan, en lugar del plan obligado a la administración concursal. El fulcro de la liquidación no va a ser el órgano de administración concursal sino la deudora. Se han cambiado las tornas. Ahora serán los administradores concursales los que evalúen la propuesta de la deudora o propongan modificaciones y no al revés, como ocurría antes. De ser una mera comparsa la propuesta de plan ex art. 6.4 LC, olvidada durante toda la fase común y con la sola posibilidad de ser atendida por el juez como propuesta de modificación del plan presentado por la administración concursal, pasada previamente por el tamiz del informe de este órgano, despliega ahora, en la liquidación anticipada, toda su virtualidad, ya que si recoge con fidelidad los intereses del concurso y no conculca normas de carácter imperativo, las posibles propuestas de modificación de la administración concursal tendrán que ser sólo de matiz, así como las observaciones de los acreedores.

⁵⁴⁶ Para algún autor se plantean dudas sobre si la propuesta de plan de liquidación ex art. 6.4. LC puede desencadenar el trámite de la liquidación anticipada, ya que algunos tribunales, al recibir las demandas de concurso voluntario con petición de liquidación solicitan del deudor en el inicio del procedimiento que aclare si el plan que presenta supone la petición de inicio del trámite de liquidación anticipada. Vid. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M^a, “Notas sobre la liquidación anticipada”, art.cit., p. 260. No parece que deba ser esa la orientación del precepto, ya que la propuesta de plan ex art. 6.4. debe ser siempre un corolario a la expresa solicitud de liquidación del deudor, ya que debe “acompañar a la solicitud”; en la liquidación anticipada el deudor no solicita expresamente la liquidación: presenta propuesta anticipada de liquidación, la cual sirve, implícitamente, de solicitud para su apertura.

Esta relevancia ha llevado al legislador a incluir, en los documentos que acompañan al informe (art. 75. 2. 3º LC) un escrito de evaluación de la propuesta anticipada de liquidación que se hubiese presentado con anterioridad a la entrega del informe al juez. Por tanto no solo el juez va a conocer en la fase común del concurso el contenido de la propuesta anticipada de la deudora, sino que, por efecto de la notificación del informe (art. 95. 2 LC) va a obrar en poder de todas las partes personadas, mediante comunicación particularizada y además en el de cualquier interesado por su publicación en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. Del olvido de la propuesta de plan presentado por la deudora junto con la solicitud de liquidación ordinaria, se pasa ahora a darle máxima publicidad: no sólo va a entrar en conocimiento de los acreedores, sino también de los representantes de los trabajadores, así como de cualquiera que tenga interés legítimo en utilizarlo, en particular para posibles impugnaciones de la masa activa o de la lista de acreedores.

Por otra parte el plan de liquidación anticipada, en particular el presentado después de la notificación del informe, le permite a la deudora conocer el análisis que la administración concursal ha efectuado sobre la memoria por ella presentada en la solicitud de concurso, así como su enjuiciamiento acerca de la contabilidad aportada y la relación que ese organismo ha elaborado sobre el inventario y la lista de acreedores, sin olvidar su exposición acerca de la situación patrimonial de la concursada y de aquellos datos y circunstancia consideradas relevantes para el desarrollo del concurso (vid. art 75 LC). Esta información, en extremo relevante a la hora de elaborar su propio plan de liquidación anticipada, está ausente cuando el deudor debe presentar su propuesta de plan ex art. 6.4 LC.

Además, la sociedad deudora ha tenido tiempo suficiente, desde la declaración del concurso, para concertar con los representantes de los trabajadores modificaciones laborales, en particular por lo que respecta a la extinción colectiva de relaciones laborales, de tal manera que no sólo sea él –y no la administración concursal- quien las que solicite del juez del concurso, administrando el tiempo de la presentación de la solicitud, sino que además ha podido recoger en el plan anticipado de liquidación el estado de las

negociaciones e incluso, si se consiguiera, la cristalización positiva de las mismas, lo cual añadiría un plus de verosimilitud y de fuerza a su planteamiento, a la hora de su análisis y resolución judicial. Incluso, en ocasiones, la deudora podría haber conseguido un comprador de solvencia que, mediante un precio de mercado, adquiriese bien la empresa como un todo o todas o parte de sus ramas autónomas de actividad. Obviamente nada de lo expuesto podría haberse conseguido por la entidad deudora al presentar el obligatorio plan de liquidación ordinaria con la petición de liquidación, acompañando la solicitud del concurso.

De lo expuesto queda claro el distinto alcance de ambos planes de liquidación de la deudora. El presentado con la solicitud de liquidación ordinaria tan solo adquiere alguna relevancia, si la sociedad concursada quisiera incluirlo en el trámite de propuestas de modificación al plan de la administración concursal, permaneciendo en hibernación durante toda la fase común e incluso en la elaboración del plan por la administración concursal (salvo que ésta deseara acoger, en todo o en parte, sus postulados), mientras que la propuesta (plan) de liquidación anticipada despliega toda su virtualidad desde su solicitud, convirtiéndose en la piedra angular del procedimiento de liquidación en su desarrollo hasta la resolución judicial sobre su admisión o rechazo.

4.7.2.3 Contenido material de los planes presentados por la sociedad deudora, tanto en la liquidación ordinaria como anticipada

La completa libertad que brinda el legislador a la deudora para la materialización del plan, hace que no podamos trasponer el mandato impuesto en el apartado primero del art. 148 a la administración concursal sobre el deber de contemplar, siempre que sea factible, la enajenación unitaria o por partes autónomas de la empresa. Sin embargo, sí que faculta a la concursada a recoger ese criterio, salvo que su opción sea divergente, como ocurriría, por ejemplo, si su interés fuera la venta por elementos. De todas formas, consideramos que la deudora deberá:

- 1º Elaborar sus planes de liquidación en función de lo que sea más conveniente a los intereses del concurso, aunque su planteamiento sea tal que, de rechazo, procure favorecer sus propios intereses particulares.
- 2º Su propuesta en ambos planes debería ser rigurosa, objetiva, analizando y justificando su opción: por ejemplo, de enajenar la empresa por unidades productivas, aunque posiblemente fuera factible su venta unitaria; o bien, la venta por elementos, si pudiera demostrarse la viabilidad de algunas ramas de actividad de la empresa. En estos casos, seguramente su argumentación estará basada en el mayor valor a conseguir por la venta. O plantear el mantenimiento de la empresa, mediante su dación en pago a los acreedores, basándose en la satisfacción de los créditos y el mantenimiento, aunque fuera en parte, de los puestos de trabajo. Pero, indudablemente, el doble tamiz a superar –el de la administración concursal – tanto en la liquidación anticipada mediante su evaluación o propuesta de modificación, como en la ordinaria mediante su informe- y finalmente el del juez- deberá llevar a la consideración de la deudora a procurar razones convincentes –jurídicas, económicas, técnicas- para convencer de la bondad de la opción por ella propuesta, sobre todo si se aparta de las que, en principio, pudieran ser las soluciones más acordes con los criterios adoptados por el legislador para elaborar el plan por la administración concursal.
- 3º Por ello, los estudios que debiera aportar la concursada –de expertos independientes, de sus propios equipos- convendría que demuestren sin lugar a dudas que la propuesta es la más idónea técnicamente; aquélla con la que se va a obtener el mayor valor a la hora de plantear el precio de venta; la mejor opción para conseguir el óptimo laboral (si se plantea la continuidad de la empresa como un todo o por ramas de actividad) o la justificación pormenorizada del por qué se propone la extinción, total o parcial, de los contratos laborales.
- 4º Los planes de liquidación de la deudora, para ser plenamente convincentes, deberían recoger también el precio mínimo y el razonable del objeto de la venta; el modo de llevar a cabo la enajenación; la venta directa a posibles

compradores o, en su caso, mediante entidad especializada; en su caso, la escisión o la cesión global de activo pasivo; y, en definitiva, todos aquellos pormenores que permitan al órgano de administración concursal evaluar o proponer modificaciones al plan de liquidación anticipada e informar en su caso, sobre la posible propuesta del plan de liquidación ordinaria presentada como modificación del elaborado por la administración concursal y, en definitiva, al juez adoptar la resolución pertinente.

4.7.3 Plan de liquidación propuesto por la administración concursal en la liquidación ordinaria

El eje en el que se vertebra la realización de los bienes y derechos –el activo empresarial en nuestro análisis- en la liquidación ordinaria lo constituye el plan de liquidación. Sin plan de liquidación el juez no podría adoptar otra solución para realizar el patrimonio de la deudora que acordar la liquidación mediante las RLS. La ausencia de plan privaría de intervenir a la entidad deudora y a los acreedores, al no permitirles formular propuestas de modificación⁵⁴⁷. Posiblemente si su ausencia no estuviere justificada, los administradores concursales serían separados de su cargo por el juez (art. 37LC), siendo responsables de los perjuicios causados a la deudora y a los acreedores por el incumplimiento de su deber de presentación⁵⁴⁸. La administración concursal tiene, como uno de sus principales cometidos en la fase de liquidación, la presentación en plazo del plan de liquidación. Detallaremos ahora cuál debe ser su contenido mínimo.

4.7.3.1 Análisis de viabilidad de la empresa unitaria o de sus unidades productivas

Tratándose de la liquidación de un activo empresarial el plan debe contemplar la posibilidad de enajenar o ceder la empresa. Para ello, y como hemos expuesto con

⁵⁴⁷ DE LA CUESTA RUTE, J.M^a., “La fase de liquidación”, cit., p. 266.

⁵⁴⁸ VALPUESTA GASTAMINZA E., “La flexibilización de la legislación concursal a través del Plan de liquidación”, en CORDÓN, F., *Comentarios... o.c.*, , p. 989. Para este autor, la indefinición normativa sobre el contenido del plan, puede llevar a la administración concursal, renunciando a la presentación de un plan de elaboración propia, a basarse exclusivamente en las Reglas supletorias.

anterioridad, el estudio de su factibilidad comportará analizar en profundidad la viabilidad de la empresa en actividad, bien unitariamente, bien de sus unidades productivas o ramas de actividad, acompañando a ese dictamen una valoración de la empresa, de sus ramas de actividad y de cada uno de sus elementos por separado, de tal forma que se pueda emitir un juicio sobre la mejor fórmula de enajenación. Este podría ser el contenido mínimo indispensable para ajustarse al mandato imperativo del precepto recogido en el art. 148.1LC. Sin un estudio de viabilidad de la empresa –o de sus unidades productivas- no es posible contemplar su enajenación. Y sin analizar la valoración del activo empresarial en su conjunto, de sus ramas de actividad y de cada uno de sus elementos, no cabría tomar una decisión sobre qué debiera incluirse en el plan.

Presupuesto básico para el estudio de viabilidad y punto de partida del plan es el inventario de la masa activa (art. 76 y 82LC), recogido en el informe que la administración concursal debe presentar al juez del concurso (art. 74LC), en el cual, partiendo del inventario presentado por la sociedad deudora (art. 6.1.3ºLC) se incluirán los bienes objeto de reintegración, los afectos a créditos con privilegio especial; los bienes y derechos litigiosos, sin olvidar los bienes inmateriales, los constitutivos del fondo de comercio (clientela, franquicias, marcas, etc.), excluyéndose los que hayan sido objeto de separación y los vendidos con anterioridad al informe, con autorización judicial. Los contratos de leasing, mobiliario e inmobiliario, de compra a plazos, sobre suministros y todos los que sean necesarios para la actividad, deberán incorporarse como anexo al informe, ya que de su permanencia puede depender la continuidad viable de la empresa. El inventario depurado de la masa activa es el principal instrumento de análisis, el cual tiene como puntos de apoyo fundamentales la contabilidad de la empresa y la auditoría –si se practica- de los estados contables, por lo menos de los dos ejercicios anteriores a la fecha de declaración de concurso.

Ya se trate de la posible enajenación unitaria de la empresa, como si se considera mejor opción la venta de todas o parte de sus unidades productivas, la administración concursal deberá incluir en el activo a vender, cuando menos, todos aquellos bienes y derechos indispensables para el mantenimiento de la actividad y, si la venta lo requiere,

también otros no indispensables, pero que con su inclusión se conseguirá un mejor precio del conjunto y una más rápida enajenación. No es necesario, en principio, incluir aquel activo circulante –caja y bancos, materias primas, stocks, productos terminados, cartera de valores- cuya venta por separado no influya en la viabilidad del activo empresarial y, en su caso, en la continuación de la actividad.

Los bienes y derechos indispensables que no deben sustraerse a su inclusión vendrán determinados, en buena parte, por el análisis de viabilidad. De todas formas, serán de obligada inclusión, los que constituyen el inmovilizado material, afecto a la actividad, el inmaterial, íntimamente ligado a la permanencia de la empresa y el fondo de comercio. Especial atención merecen los bienes gravados con garantías reales, necesarios para su continuidad, bien atendiendo su pago con cargo a la masa o procurando su venta directa al posible adquirente de la empresa, con subsistencia del gravamen o extinguiéndolo mediante el pago del crédito y resto de cargas subsistentes o, finalmente, habilitando otras fórmulas que consigan la permanencia del bien en el activo a enajenar.

También los contratos de compra sobre bienes –muebles o inmuebles- con precio aplazado, contratos de arrendamiento de bienes con reserva de dominio, con prohibición de disponer o condición resolutoria por falta de pago, los contratos sobre suministros, siempre que la permanencia de dichos bienes y servicios sea necesaria para la actividad de la empresa, deberán ser incluidos en el plan de liquidación, para conseguir, en caso de enajenación, la anuencia de los cocontratantes, por lo que respecta a su cesión al tercero adquirente. Y no sólo los ya mencionados, sino todos los contratos con obligaciones recíprocas, pendientes de cumplimiento, incluso los resueltos pero actualmente rehabilitados, deberán ser contemplados con el fin de conseguir una solución concertada con la otra parte contratante, respecto a su cesión al futuro comprador, con el fin de garantizar la subsistencia de la empresa, siempre que sean imprescindibles para su continuidad⁵⁴⁹. De lo contrario, quedaría invalidada la posibilidad de su enajenación, ya

⁵⁴⁹ Vid. RUBIO, P.J., “La enajenación de la empresa...”, cit., p. 149.

que la no continuidad de aquellos contratos impediría el interés de posibles adquirentes por la empresa.

Pero un análisis de viabilidad de la empresa necesita además fundamentarse en otros aspectos de particular importancia: el colectivo laboral y la dimensión cualitativa de la empresa basada en su organización, la calidad de los productos, clientela, proyección del sector de actividad, etc. La conjunción de los factores de incidencia en el inventario, juntamente con los humanos, organizativos y otros de índole cualitativa sirven de base al análisis de viabilidad de la empresa. La administración concursal puede utilizar el posible estudio de viabilidad que haya podido elaborar la deudora para incluirlo en su plan de liquidación. Además, la utilización de “expertos independientes” la consideramos necesaria, como contrapunto del estudio elaborado, en su caso, por la deudora, salvo que alguno de los miembros del órgano colegiado concursal sea un especialista en la materia⁵⁵⁰, ya que este grado de análisis –al igual que la valoración- necesita personas con unos conocimientos específicos, que normalmente no tienen las personas que integran la administración concursal. La dirección del plan, su redacción final y la responsabilidad del mismo corresponden a la administración concursal. Pero ello no implica que sus miembros deban ser expertos en viabilidad de empresas, valoración de las mismas, ni tampoco en su venta.

El órgano de administración concursal, generalmente, en base al art. 83.1LC, propondrá al juez el nombramiento de especialistas en análisis de viabilidad y de valoración de empresas para determinar el grado de viabilidad de la entidad, los medios necesarios, en su caso, para alcanzarla y, en caso contrario, la posibilidad de desgajar del conjunto empresarial ramas de actividad o unidades económicas viables, como anteriormente analizamos. Será la administración concursal quien prepare los términos del encargo, para su aprobación por el juez.

⁵⁵⁰ Opinión contraria la sustenta Beltrán, para quien la elaboración del plan de liquidación no podrá delegarse en terceros, ni podrán contratarse expertos independientes. BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, cit., pp. 2372-2373.

El análisis de viabilidad va a servir de base a la evaluación de la empresa, sus unidades económicas o, en caso de inviabilidad, la de cada uno de sus elementos. De sus conclusiones podrá establecerse un precio mínimo de venta y un precio de mercado con el que fijar la oferta para su enajenación, teniendo en cuenta la situación actual del activo empresarial, la inversión adicional necesaria y el resto de medios a habilitar por el futuro adquirente, para que la empresa o sus unidades económicas autónomas puedan alcanzar un umbral aceptable de rentabilidad. Indicábamos anteriormente que el informe de la administración concursal incluirá en el inventario de la masa activa el análisis de viabilidad, en el cual se fundamenta el estudio de valoración, contemplado en el art. 82.1 y 3 LC⁵⁵¹. Si no estuvieran terminados antes de la finalización del plazo de presentación del informe, se debería acompañar a éste una relación de las actuaciones que se van desarrollando en su elaboración (art. 75.1.3º), junto con un informe preliminar, si fuera posible, con el esbozo de las conclusiones provisionales de los expertos y el plazo aproximado para la finalización de ambos estudios y presentación de las conclusiones definitivas.

Juntamente al análisis de viabilidad y con carácter previo a la valoración de la empresa, se encuentra la determinación de la plantilla óptima para cada planteamiento, tanto si la conclusión es la viabilidad de la empresa unitaria, como si el resultado acoge la tesis de la escisión parcial de determinadas unidades económicas por ser la solución más viable. Este punto es de gran importancia:

- 1º Por la íntima conexión plantilla óptima-viabilidad-valoración.
- 2º Para poder dar comienzo de inmediato la negociación prevenida en el art. 64 LC, ya que si el procedimiento acaba en enajenación de la empresa en la fase de liquidación, siempre deberá darse cumplimiento a los trámites que marca el citado precepto, cuando se requiera la extinción, suspensión de los contratos laborales o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

⁵⁵¹ Entiendo que si bien se cumpliría formalmente con la norma presentando la relación de bienes y derechos del activo empresarial (art. 82.1) y su valoración según mercado (art. 82, 3) se estaría conculcando el espíritu de la misma, cual es la conservación de la actividad empresarial, si la empresa es viable -como se desprende de la Exposición de Motivos- tanto en su dimensión convenida, como en la fase de liquidación.

- 3º Por el previsible largo plazo que supondrán las negociaciones, sobre todo si terminan sin acuerdo y se interpone recurso de suplicación y el resto de recursos que prevé la Ley de Procedimiento Laboral, ya que, aunque los recursos no tengan efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso, la fijación de los términos de la enajenación del activo empresarial en liquidación variarán sensiblemente si recae sentencia firme en sentido favorable al acuerdo sobre un óptimo laboral, que en caso contrario. Hasta tal punto, que un pronunciamiento desfavorable podría hacer inviable la propia enajenación de la empresa, dándose el contrasentido de transformar en inviable una empresa que podría haber sido viable o, sin llegar a ese extremo, podría dificultar gravemente la enajenación o el precio a obtener de la misma.

Por lo expuesto, el plan de liquidación debería recoger el estudio sobre la plantilla laboral óptima y la propuesta de apertura, en su caso, de la negociación colectiva para el saneamiento laboral (si no se hubiera ya iniciado), ya que la norma –como analizaremos posteriormente con más detalle- exige, para la aprobación del plan, que se cumplan las disposiciones detalladas en el art. 64LC. Obviamente, y por la previsible dilación del procedimiento, cuanto antes se solicite el inicio del expediente, menos probabilidades habrá de retraso en la aprobación del plan.

4.7.3.2 Cese o suspensión total o parcial de la actividad empresarial

El art. 44.1LC recoge una declaración de principio, en el sentido de continuidad de la actividad empresarial, aunque se haya declarado el concurso⁵⁵². Sin embargo, en algunas

⁵⁵² En la LC la norma es la continuación de la actividad empresarial (art. 44.1 LC), siendo la excepción su cese o suspensión total o parcial (art. 44.4 LC). En la *legge fallimentare* italiana después de su reforma –art. 104-, por el contrario, se necesita de un impulso judicial para su continuidad: con la declaración de quiebra es el Tribunal o, con posterioridad, será el juez delegado, mediante solicitud del curador y con el parecer favorable del Comité de acreedores, quienes dispongan la continuidad temporal de la empresa, pudiendo también incluirse por el curador en el programa de liquidación. Es una medida discrecional, dispuesta en interés de los acreedores. CAIAFFA, A., *La legge fallimentare...* o.c., pp.557-564. Su finalidad incluye también evitar en lo posible la disgregación de los componentes de la empresa, en orden a su venta en

ocasiones, esa continuidad –total o parcial- será contraproducente para la empresa y, de rechazo, para los acreedores. Como anteriormente expusimos en una entidad con pérdidas continuadas, crecientes, que no cubre con los ingresos por ventas ni siquiera la totalidad de los costos variables o que, aún cubriéndolos, no alcanza a conseguir el monto suficiente para pagar los costos fijos salariales cada unidad producida y vendida supondrá una pérdida real monetaria para la empresa. Esa pérdida supondrá una disminución del activo circulante (seguramente se habrá agotado el crédito financiero e incluso de proveedores) o se compensará con la venta de activos no necesarios para la actividad. Pero no cabe duda que con ello se está minorando el activo que debe dar cobertura a los créditos de los acreedores. La continuación de la actividad de la empresa producirá una merma creciente del activo y en consecuencia una menor posibilidad de cobertura en el cobro para los acreedores. El plan de liquidación de la concursada, en este caso, -e incluso con anterioridad, en la fase común, con arreglo a lo dispuesto en el art. 44.4 LC- podrá recoger el cierre inmediato y total de la empresa o de alguna de sus unidades productivas (fábricas, centros comerciales o de servicios), juntamente con la extinción o suspensión de los contratos de trabajo.

La administración concursal, haciéndose eco del planteamiento efectuado por la deudora –previa audiencia de los representantes de los trabajadores- podrá solicitar del juez la adopción de las medidas recogidas en su plan, quien acordará, si lo estima conveniente, el cese total o parcial de la actividad empresarial y el comienzo de los

bloque e incluso la pérdida de puestos de trabajo. SCHIANO DI PEPE, G., *Il Diritto Fallimentare riformato*, o.c., pp. 391-392.

La Ley concursal francesa de 2005 condiciona el mantenimiento de la actividad de la empresa a la posibilidad de cesión total o parcial de la misma, ya que, en principio, la resolución de apertura de liquidación (art. 641-10-párrafo 1º de contrario) provoca el fin de la actividad, siempre que estuviera en funcionamiento. Si el Tribunal considera razonable la posibilidad de cesión de la empresa, autoriza su continuidad y fija el plazo de remisión de ofertas de compra al liquidador y, en su caso, al administrador, si hubiera sido nombrado por la dimensión de la empresa (art. L. 642-2-I). Pero la referencia al interés público, como otra exigencia para mantener la actividad (art. L 641-10-I), como indica PEROCHON-BONHOMME, “abre la puerta a todas las presiones (políticas o sindicales fundamentalmente), que irán en detrimento de los acreedores”. PEROCHON,F.-BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté...*, o.c., p. 378.

trámites para dar cumplimiento a lo establecido sobre saneamiento colectivo laboral⁵⁵³. El plan de liquidación a presentar por la administración concursal, una vez notificada la apertura de la fase liquidatoria, deberá hacerse eco, en su caso, de las actuaciones anteriormente expuestas, proponiendo la prórroga de las medidas adoptadas o su sustitución por aquéllas que se consideren más convenientes en el momento de elaborar su propio plan (por ejemplo, de reanudación de actividad, si se ha conseguido un acuerdo sobre el óptimo laboral; de cierre definitivo de alguna unidad de explotación, con la extinción total de los contratos de aquellos trabajadores integrados en esa unidad, mediante el procedimiento desarrollado en el art. 64 LC)⁵⁵⁴.

4.7.3.3 Análisis comparativo de la valoración de la empresa, de sus unidades productivas o de sus distintos elementos, a efectos de su enajenación

Una vez analizada la viabilidad de la empresa o de sus unidades productivas autónomas, terminado o en curso el expediente para la consecución del óptimo laboral y con el dictamen de los expertos sobre la valoración de la empresa, sus ramas de actividad y la de sus distintos elementos, la administración concursal presentará un análisis comparativo de las distintas posibilidades de enajenación o, en su caso, de cesión, proponiendo aquella con la que mejor se consiga la finalidad principal del concurso en esta fase liquidativa, cual es la de conseguir el mejor precio con que atender al pago de los créditos de los acreedores. A veces esta elección no será tan sencilla ya que, por ejemplo, puede haberse valorado la empresa de forma unitaria como la mejor opción y sin embargo ser más rápido y fácil –aún consiguiendo un precio algo menor que el que podría

⁵⁵³ Según FERNÁNDEZ SEIJO, poniendo el acento en las dificultades para satisfacer los créditos contra la masa, expresa que “normalmente para evitar el incremento de la deuda contra la masa la mayoría de los concursos anticipan el cese de actividad y los incidentes de extinción colectiva de los contratos laborales, por ser insoportable para la masa el efecto de esa continuidad, lo que hace que en la mayor parte de los concursos la posibilidad de venta en globo de la compañía se convierte de inmediato en una quimera”. FERNÁNDEZ SEIJO, J.M^a, “Notas sobre la liquidación anticipada”, art. cit., p.268.

⁵⁵⁴ En la *legge fallimentare* reformada, (art. 104) el curador informa trimestralmente al Comité de acreedores del desarrollo de la gestión y con el fin de consultarle sobre la oportunidad de continuar la actividad; informa de inmediato –tanto al Comité de acreedores como al juez delegado- sobre las circunstancias que influyan negativamente en el activo de la empresa; en tal caso, y si al Comité no le parece oportuna su continuidad, el juez delegado ordena el cese de la actividad. ZANICHELLI, V., *La nuova disciplina...*, o.c., p.284.

conseguirse con la venta global- la enajenación de alguna de sus unidades productivas juntamente con elementos sueltos del resto del activo (inmuebles, patentes, etc.) por haber conseguido ya ajustar la plantilla de esas ramas de actividad o bien por el interés de posibles adquirentes sobre determinadas unidades que, por su ubicación o gama de productos, son especialmente atractivas, siempre que, por supuesto, la rapidez y facilidad compensen el menor precio a conseguir y la diferencia no sea ostensible, máxime si conlleva la conservación de parte del colectivo laboral, al continuar la actividad de partes autónomas de la empresa.

4.7.3.4 Elección de la mejor proposición de venta

Los parámetros de análisis, desde el punto de vista valorativo, deberán tener en cuenta la mayor o menor facilidad de venta, basada en los potenciales adquirentes que pueda tener cada opción y el posible precio que pueda obtenerse de cada una de ellas. No es descartable la propuesta de planes alternativos, para el caso de fallar la que podría considerarse mejor opción. La elección de la mejor opción conlleva la fijación de un precio mínimo de venta⁵⁵⁵ y un precio superior, de salida al mercado, dejando un colchón para la negociación, en el caso de elegir la venta directa⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ El precio mínimo de venta estará condicionado por el expediente, en su caso, de extinción colectiva laboral –total o parcial- necesario para conseguir que la empresa unitaria o sus unidades productivas sean viables, sobre todo si, por estar ya acordadas, las indemnizaciones pactadas tienen que ser atendidas por la masa activa concursal; lo mismo cabe predicar de los salarios, indemnizaciones anteriores devengadas, Seguridad Social y pensiones que, aunque el adquirente sea deudor solidario por subrogación (sucesión de empresa) pueden ser absorbidas por la masa activa e incluidas en el precio de venta, o bien pueden negociarse con el futuro adquirente.

⁵⁵⁶ La venta directa es, posiblemente, el procedimiento más utilizado en la enajenación unitaria de la empresa. Vid. autos del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, de 30 marzo 2007, procedim. 729/2005 (AC 2007/729); del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, de 12 septiembre 2005 (AC 2005, 1739); del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid de 11 octubre 2005. En esta última resolución se califica a este procedimiento de venta como "el cauce más adecuado cuando sea precisa una actuación ágil y que no grave con costes innecesarios a la masa". PRIETO GARCÍA NIETO, I., "Legislación concursal ...", cit., p. 88. Coincidente con este criterio, Vid. MORALEJO, N., "De las operaciones de liquidación", cit., pp. 1588-1589. Para esta autora "el modo de enajenación habitual dentro del marco de un plan liquidatorio será la venta directa de los bienes por la administración concursal a los terceros. Se trata de una idea implícita en la norma, que ha optado por la más amplia libertad de configuración del plan, lo que permite indudablemente dar entrada también a propuestas liquidatorias mixtas en las que la enajenación de algunos bienes tenga lugar por el

Este medio de venta puede ser el más adecuado, siempre que pueda accederse a un segmento de adquirentes cuyo interés por la empresa esté contrastado. Incluso puede llegarse a una subasta interna al alza entre quienes se hayan realmente interesado. Un método alternativo será utilizar los servicios de entidades especializadas en venta de empresas, imponiéndoles unas condiciones mínimas de precio, plazo, forma de pago, continuidad en la actividad (suponemos viable la empresa o sus unidades productivas) y óptimo laboral (en negociación o ya aprobado por sentencia firme). Convendrá proponer en el plan la entidad especializada que se considere vaya a defender mejor los intereses del concurso. Aunque la forma de pago debe ser al contado, no puede descartarse –tampoco lo impone la Ley– un aplazamiento de pago, con liquidez a corto plazo y plenamente garantizado, si con ello se consigue el mejor precio y finaliza rápidamente la conclusión de la venta.

Sin ánimo de ser exhaustivos hemos esbozado aquellos aspectos de contenido necesario unos, importantes otros, que deberían integrar el plan de liquidación a presentar al juez por la administración concursal⁵⁵⁷. Algunos ya habrán sido elaborados en la fase

método de la venta directa (llevada a cabo por la administración judicial o encomendándose a una persona o entidad especializada) y la de otros por subasta judicial”.

⁵⁵⁷ Contrasta la ausencia de reglamentación de las modalidades de venta en el plan de liquidación, sobre todo por lo que concierne a la enajenación de la empresa como un todo o de sus ramas de actividad, con lo expresado en las RLS (venta mediante subasta o enajenación directa si aquella quedare desierta. Art. 149 LC) y, en particular, con lo dispuesto en otras legislaciones concursales. A título de ejemplo, en la reforma de la *legge fallimentare* italiana (art. 107 de nueva redacción, mediante el Decreto *correttivo*) se regulan las diversas modalidades de venta de acuerdo con el criterio normativo de libertad de formas en la liquidación, utilizando procedimientos competitivos, mediante los cuales pueden acceder los ofertantes en condiciones de igualdad informativa con el fin de conseguir maximizar el precio final. ZANICHELLI, V., *La nuova disciplina...*, o.c., pp. 306-308; modalidades presididas por la transparencia, la publicidad y la máxima competencia, con estimación previa del valor en venta de los bienes ofertados. AMBROSINI, S., *La liquidazione dell'attivo*, art. cit., pp. 649-650. Ventas efectuadas por el curador o mediante sujetos especializados, las cuales, según doctrina mayoritaria, son de naturaleza coactiva-judicial y no voluntaria, aun tratándose de ventas efectuadas mediante negociación privada, pero sujetas a la aprobación del Comité de acreedores y a la autorización posterior por el juez delegado de los actos conformes a lo aprobado por el Comité. FERRO, M., *La legge fallimentare...*, o.c., pp. 814 a 816. CAIAFA, A., *La legge fallimentare riformata...*, o.c., pp. 578-579. FIMANNÓ, *La liquidazione dell'attivo fallimentare...*, art. cit., pp. 864-865. Ventas a las que puede impedirse su perfeccionamiento por el juez delegado, cuando el precio ofrecido sea notablemente inferior al de mercado, en base a la naturaleza coactiva de estas ventas, e incluso con anterioridad quedar suspendidas por orden del propio juez por motivos graves y justificados e incluso por el curador, cuando existiera una oferta de compra irrevocable, superior como mínimo en un diez por ciento al

común del concurso; otros estarán iniciados, como el expediente laboral del art. 64 (en este caso, una vez declarado el concurso); o, incluso, varios, terminados al ser notificada la apertura de la fase de liquidación y, finalmente, los de realización futura, planteados en el periodo previo a la presentación del plan. Con ello queremos hacer notar que el plan “no comienza con la notificación de la apertura de liquidación del concurso”; se ha ido gestando, incluso de la mano de la sociedad deudora, con su propuesta de plan de liquidación; con el análisis de viabilidad, del óptimo laboral y la valoración en la formación del inventario del activo empresarial; en el informe de la administración concursal, al evaluar el plan presentado por la deudora y los datos y circunstancias relevantes para la posible enajenación de la empresa en la fase de convenio o, en su caso, de la de liquidación; en la apertura del expediente laboral, incluso juntamente con el cierre parcial o total de la actividad empresarial, en la fase común de concurso. En las conversaciones con los expertos independientes sobre la mejor forma de enajenar el activo empresarial, llegada la fase de liquidación. El plan “se termina”, como máximo, 30 días después de notificarse la apertura de la liquidación, por imperativo legal de su presentación al juez en ese plazo, aunque, en ocasiones, será difícil ultimarlos en todos sus detalles, sobre todo en empresas de gran complejidad.

Para algunos autores, como anteriormente hemos señalado, el plan debe ser elaborado exclusivamente por la administración concursal, como órgano colegiado, sin que quepa atribuir individualmente esta competencia a ninguno de sus miembros; sin que pueda

precio ofertado. SCHIANO DI PEPE, G., *Il diritto fallimentare riformato*, o.c., pp. 454-456; ZANICHELLI, V., *La nuova disciplina...*, oc., pp. 308-310.

La modalidad de cesión de la empresa, total o por ramas de actividad, en la Ley concursal francesa de 2005, es la oferta. Se establece por decreto las distintas formas de publicidad que deberán preceder a la cesión y estará en función de la dimensión de la empresa objeto de transmisión. Los oferentes, cumplimentan el conjunto de cuestiones requeridas en la norma (art. L 642-2-II) y la remiten al liquidador y al administrador, en su caso, quienes informan al Tribunal de la seriedad de las ofertas, la cualidad de tercero de sus autores y toda la información que permita valorar los aspectos fundamentales de la cesión. Las ofertas no pueden ser retiradas y tan solo se permite su modificación cuando sea en sentido favorable y se realice antes de la audiencia en la que serán debatidas. El Tribunal, sin necesidad de consentimiento del deudor, acreedores, comité de empresa -basta con ser oídos o citados en forma- selecciona la oferta que garantice las mejores condiciones para el mantenimiento del empleo, vinculado a la actividad económica cedida, y para el pago de los acreedores, que presente las mejores garantías de ejecución, pudiendo aprobar uno o varios planes de cesión. Si el plan prevé despidos, el Tribunal consultará previamente al comité de empresa, e informará a la autoridad administrativa, precisando expresamente aquellos que deban producirse en el plazo de un mes desde la resolución. (art. L 642-5).

tampoco delegarse a terceros, ni menos aún contratar expertos independientes, puesto que, se afirma, están previstos por la Ley, entre otras tareas, para efectuar una valoración del inventario.⁵⁵⁸ En nuestra opinión, una cosa es elaborar el plan y otra presentarlo. El art. 148.1LC impone a la administración concursal el deber de presentar al juez un plan de liquidación. Su presentación implica responsabilidad tanto de entregarlo en plazo como de respetar el contenido mínimo, impuesto normativamente de forma expresa y del que implícitamente se desprende del mismo, como contenido necesario.

Presentar, sí; responsabilizarse del plan, también. Pero a la administración concursal no se le impone directamente su elaboración. No sería sensato, ni coherente obligar a un abogado, auditor, economista o titulado mercantil y al representante de los acreedores emitir un dictamen técnico sobre la viabilidad de la empresa, la valoración de la misma o de sus unidades productivas, así como fijar el óptimo laboral o negociar un acuerdo de extinción, incluso total, de puestos de trabajo. El cometido de la administración concursal, entendemos, es adoptar un criterio sobre los puntos antes expuestos, una vez que los especialistas hayan emitido su dictamen. Hacer suyas o no –en todo o en parte– las posturas sustentadas por los expertos, razonando su toma de posición. Un órgano de administración de una persona jurídica no elabora los dictámenes pertinentes sobre una fusión, una adquisición de un grupo empresarial o una emisión de obligaciones convertibles. Para ello se apoya en un equipo de asesores, expertos en las materias de que se trate. El órgano de administración adoptará las decisiones pertinentes, en base a los dictámenes elaborados por los técnicos, responsabilizándose de las mismas, elevando, en su caso, a la junta de socios la propuesta pertinente.

De la misma manera, consideramos la actuación del órgano colegiado concursal (salvo, quizá, en el procedimiento abreviado, en el cual por economía y con la salvedad de aquellos casos de especial dificultad, el propio órgano concursal, unipersonal, podrá elaborar el contenido del plan, sin necesidad de expertos o contando con la ayuda de un auxiliar delegado, siempre que sus conocimientos se lo permitan). La responsabilidad del

⁵⁵⁸ En este sentido, vid. BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, cit., pp. 2372-2373.

órgano colegiado, reiteramos, recae en la presentación en plazo del plan y en el cumplimiento del contenido, fijado en la norma. Si obrasen, por acción u omisión, de manera contraria a lo que dispone la Ley o sin la debida diligencia, su responsabilidad se extendería solidariamente a todos sus miembros (art. 36.1 y 2LC), excepto a aquel que se opusiera expresamente al acto u omisión lesiva, salvando su proceder mediante un voto particular.

VI.5 Fases del plan: desde su presentación hasta la resolución judicial firme

5.1 El plazo en la presentación del plan por los sujetos legitimados

5.1.1 Antecedentes

El art.188 del ALC 1983 preceptuaba el plazo de “un mes” al síndico para la presentación del proyecto de liquidación (no se le denominaba plan) a la comisión de acreedores, a contar desde la fecha de la resolución judicial que ordenaba la liquidación (la comisión era el órgano que aprobaba el proyecto, ya que el juez del concurso sólo conocía las reglas operativas para enajenar los bienes y derechos que integraban la masa activa). En el ALC 2000 se reduce a “quince días” la presentación por la administración judicial del plan de liquidación, pero con la novedad de contar el plazo no desde la fecha de resolución del juez, sino desde la notificación a los administradores de la apertura de la fase liquidatoria (también se modificaba el órgano de aprobación, ya que el plan se sometía exclusivamente a la aprobación judicial, sustituyéndose la decisión de la junta de acreedores por la posibilidad de que deudora y acreedores formularan observaciones o propuestas de modificación, estableciendo un procedimiento específico).

Ya en la fase de tramitación del proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados, Coalición Canaria (enmienda nº 635), entre otras cuestiones, propuso la prórroga del plazo de presentación del plan a “treinta días”, cuando la complejidad del concurso lo justificase. Ante el dilema de cumplir, por una parte, con la exigencia de celeridad, que debe presidir la tramitación del concurso, incluida la presentación del plan y, por otra, la elaboración de

un plan lo más completo posible, aunque ello signifique una ampliación del plazo de presentación, el legislador ha optado por una solución intermedia, aunque más en consonancia con la celeridad procesal. Quizá se podría haber resuelto la cuestión, atribuyendo al juez un marco de flexibilidad en la configuración del plazo, siempre que el órgano colegiado concursal expusiera razonadamente los motivos por los que necesita su ampliación para la presentación del plan, como posiblemente ocurrirá en los concursos de grandes empresas, holdings o multinacionales. El plazo se ha mantenido para la propuesta de liquidación anticipada, aunque sin posibilidad de prórroga, a partir de la presentación del informe al juez por la administración concursal.

5.1.2 Plazo para la presentación del plan por la administración concursal en la liquidación ordinaria

Según el punto primero del art. 148, la administración concursal tiene quince días, después de serle notificada la resolución de apertura de la fase de liquidación ordinaria, para presentar el plan al juez, prorrogable a decisión de éste por otros 15 días como máximo⁵⁵⁹, siempre que la complejidad del concurso lo requiera⁵⁶⁰. Plazos que serán

⁵⁵⁹ Esta propuesta tuvo su causa en la enmienda presentada por Coalición Canaria en la tramitación del Proyecto en el Congreso.

Ante las dudas suscitadas respecto a la notificación del auto de apertura de la fase de liquidación a la administración concursal sin esperar a su publicación en el BOE y en un diario de los de mayor difusión de la provincia donde radique su centro de decisiones, y su posible infracción procesal respecto al inicio del cómputo del plazo de presentación del plan de liquidación, la Audiencia Provincial de Madrid, recoge, en el Fundamento de Derecho primero del auto en el que resuelve el recurso de apelación, que de las diversas comunicaciones individualizadas, por un lado, y de la publicidad edictal, por otro, “el artículo 148 sólo se refiere a la notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación a la administración concursal. De este modo, el plazo de presentación de un plan para la realización de bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso no permite esperar a que se efectúe toda clase de comunicaciones, sino que se inicia con la referida notificación a la administración concursal”. Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 127/2006 (Sección 28) de 29 de junio de 2006. (Recurso de apelación núm. 153/2006). AC 2006/1885.

⁵⁶⁰ La *legge fallimentare* italiana no prescribe prórroga en el plazo de presentación del programa de liquidación al Comité de acreedores. Por el contrario, el plazo para su elaboración es sensiblemente superior -60 días- desde la redacción del inventario (art. 104 ter, 1º). Este *dies ad quem*, además, es flexible, ya que su redacción -efectuado por el mismo curador- se hará en el plazo más breve posible (art. 87 *legge fallimentare*), lo cual según las dimensiones y características del procedimiento durará más o menos tiempo, favoreciendo así la elasticidad temporal del plazo de preparación del programa. Parte de la doctrina se inclina, además, en caso de liquidaciones complejas, por la posible prórroga del plazo a concederse por el juez delegado, solicitada antes de finalizarse, de acuerdo con el art. 154 del *Cod. de Procedure Civile*, por un periodo no superior al término asignado. FERRO, M., *La Legge Fallimentare...*, o.c., p. 780. CAIAFA, A.,

reducidos a la mitad en el procedimiento abreviado (art. 190. 1 LC)⁵⁶¹. El comienzo del cómputo no es el auto o la resolución judicial de apertura (arts. 142-143LC), ni el de su publicación (art. 144 LC), sino el de su notificación a la administración concursal ⁵⁶². El artículo 143.2LC extiende esa notificación a aquellos casos de apertura de oficio por el juez, cuando no se hubiera producido o se hubiera inadmitido a trámite las propuestas de convenio o bien la junta de acreedores no hubiera aceptado ninguna propuesta (art. 143.1 1º y 2ºLC)

Parte de la doctrina⁵⁶³ considera que no es necesaria la notificación a los administradores de aquellas resoluciones judiciales firmes, tanto las que se refieren a la declaración de nulidad del convenio aceptado en junta de acreedores, como las que se hayan dictado declarando el incumplimiento del convenio o la nulidad del convenio aprobado por el Juez (art. 143.1. 3º, 4º y 5º LC), basándose en que la apertura de la fase de liquidación se acordará en la propia resolución judicial que la motive (art. 143.2 párrafo 2º LC)⁵⁶⁴. Sin embargo, y ante la falta de norma expresa concursal consideramos que debe

La Legge Fallimentare riformata..., o.c., p. 571. ESPOSITO, C., *Il programma di liquidazione...*, art. cit., pp. 1084-1087. FIMANNÓ, F., *La liquidazione dell'attivo...*, art. cit., p. 854.

⁵⁶¹ Queda planteada una nueva cuestión. ¿Cómo podrán cumplir la perentoriedad del plazo en la presentación del plan, los nuevos administradores concursales, nombrados en sustitución de los cesados al adquirir plena eficacia el convenio o incluso los cesados repuestos, cuando se produzca la apertura de la liquidación? (art. 145.1.II). Nuevamente echamos en falta una revisión en profundidad en la armonización de los preceptos concursales, modificados mediante adiciones al Proyecto de Ley o enmiendas en el iter legislativo, previo a la aprobación definitiva de la Ley. Haciéndose eco de esa dificultad, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, ante la petición de liquidación por parte de la sociedad deudora, por imposibilidad de cumplimiento del convenio, resuelve abriendo la fase de liquidación y reponiendo a la administración concursal cesada, “comunicándose a sus integrantes a los que concede un término de DOS MESES para presentar un plan para la realización de los bienes integrantes de la masa activa del concursado, conforme a lo dispuesto en el art. 148 LC”. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, núm. 433/2007, de 26 de septiembre de 2006 (procedim. núm. 9/2004), AC 2007/1810. La interpretación no está ajustada a la literalidad de la norma pero, consideramos, facilita la tarea a quienes *ex novo* o, después de un lapso temporal en que tanto la lista de acreedores como la propia masa activa habrá sufrido modificaciones, necesitan plazo suficiente para elaborar un plan de liquidación que sirva con eficiencia a los intereses del concurso.

⁵⁶² BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, cit., p. 2376.

⁵⁶³ Vid. UCEDA OJEDA, J., “Operaciones de liquidación” cit., p. 693. A favor de la notificación de las resoluciones judiciales firmes, vid. BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, cit., pp. 2375-2376. VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentario al artículo 148 de la Ley Concursal”, en CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a la Ley Concursal*, T. II, Edit. Thomson-Aranzadi, 2004, p. 989.

⁵⁶⁴ En esta línea se pronuncia el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, en auto de 12 de septiembre de 2005, (autos 8/2004), ADC 2006, T. VIII, p.471, al indicar que carece de justificación no esperar a la firmeza del auto que ordena abrir la fase de liquidación para presentar el plan de liquidación.

aplicarse la normativa de la LEC que ordena, en su art. 150.1, notificar, a todos los que sean parte en el proceso, las resoluciones judiciales. Así pues, los administradores del concurso y el resto de partes personadas en él deberán ser notificados de las mencionadas resoluciones en un plazo máximo de 3 días desde su fecha o publicación (art. 151 LEC), comunicadas en la forma que dispone el art. 152 de dicha Ley. En consecuencia, para que se inicie el plazo de presentación del plan, los administradores deberán ser notificados también de las resoluciones firmes de los Tribunales de apelación y casación (Audiencia Provincial y, en su caso, Tribunal Supremo) (art. 197.6 y 7 LC)⁵⁶⁵. Igualmente necesitan notificación el auto de apertura como consecuencia de la solicitud voluntaria de la entidad deudora, durante la fase común del concurso (art.142.2LC); de la petición de la deudora que conozca la imposibilidad de cumplimiento del convenio (art. 142.3LC) o la efectuada por los acreedores, cuando se produzcan hechos tipificados en el apartado 4 del art. 2 LC.

La no presentación en plazo del plan de liquidación, sin una justificación razonable, constituye una omisión contraria a la Ley que podría ser constitutiva de una responsabilidad por daños (art. 36LC) e incluso ser justa causa de separación del cargo de administrador concursal (art. 37LC). El juez deberá nombrar nuevos administradores concursales (art. 38LC) salvo si alguno de ellos hubiera salvado su actuación mediante voto particular o en informe dirigido al juez. La Ley no indica, en estos casos, si los nuevos administradores deberán presentar el plan o debe proceder el juez a acordar la liquidación mediante las RLS, aunque, según algunos autores, si no fuera posible tal presentación, el juez debería adoptar la decisión de acudir a la aplicación de las Reglas Supletorias⁵⁶⁶. De todas formas, la no presentación de un plan por los nuevos administradores cerraría el camino a la formulación de observaciones o propuestas de modificación al plan, por la sociedad deudora y los acreedores, ya que, con la aplicación de las Reglas Supletorias, los únicos que gozan de esa facultad son los representantes de los trabajadores.

⁵⁶⁵ No basta el acuerdo en las resoluciones judiciales firmes sobre la apertura de la fase de liquidación para que la administración concursal se dé por notificada. Deberán cumplirse las normas generales establecidas en la LEC.

⁵⁶⁶ Vid. BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, cit., pp. 2376-2377.

5.1.3 Plazo para proponer un plan de liquidación anticipada por la deudora

5.1.3.1 Desde la solicitud de concurso hasta la presentación del informe por la Administración concursal

Nada obsta para que la propuesta anticipada de liquidación se presente juntamente con la solicitud de declaración de concurso voluntario, al igual que ocurre con la petición de liquidación ordinaria (art. 142.1.1º LC). Se sustituiría el deber de acompañar propuesta de plan de liquidación (art. 6. 4 LC) por la presentación voluntaria de la misma. De todas formas, a no ser que la deudora haya explorado sin éxito la posibilidad de conseguir adhesiones suficientes a una propuesta anticipada de convenio o se hallare incurso en alguna de las prohibiciones que le impidieran su presentación, sería más razonable posponerla a la declaración de concurso –sobre todo si es voluntario- con el fin de constatar soluciones que le sean más beneficiosas a través de un convenio que, en definitiva, y generalmente, dejará la gestión y disposición de la empresa en sus manos, sin perder su titularidad. Tampoco existe impedimento, por otra parte, para solicitar la liquidación ordinaria –con su propuesta de plan de liquidación (ex art. 6.4 LC)- y, con posterioridad revocarla (o transformarla) y proponer una liquidación anticipada, con un plan idéntico al inicialmente presentado o distinto a aquél, a la luz de nuevas circunstancias que aconsejen su modificación⁵⁶⁷. Esta posibilidad puede ser también interesante para la entidad deudora, si durante la fase común, y habiendo presentado solicitud de liquidación ordinaria, la revocase para proponer un convenio que, considerado positivo para sus intereses, se haya demostrado con posterioridad –incluso ya admitido a trámite- que es inviable, siempre que estuviera en plazo para proponer la liquidación anticipada. El apartado 1 del art. 142 bis marca el final del plazo para su presentación: los quince días siguientes a la presentación del informe previsto en el art. 75, con unas consecuencias –para la administración concursal, las partes personadas y los demás interesados- distintas, según que la propuesta anticipada fuere instada por la entidad deudora, antes o después de la presentación del informe. La propuesta se lleva a cabo sin

⁵⁶⁷ Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.-LÒPEZ SÁNCHEZ, J., “La liquidación anticipada”, en o.c., p. 143.

que se hayan materializado en textos definitivos el inventario o la lista de acreedores; cuando se verifica con anterioridad a la presentación del informe, ambos textos están en proceso de elaboración o, como ocurrirá si la presentación se lleva a cabo con la solicitud de declaración de concurso, ni siquiera se ha comenzado su análisis.

Los administradores concursales –órgano colegiado cuando el procedimiento no es abreviado- tienen, un plazo de dos meses, desde la aceptación de dos de ellos, para presentar el informe al juez, quien podrá prorrogarlo en base a circunstancias extraordinarias (art. 74.1 y 2 LC). Entre los documentos que la administración concursal debe unir al informe figuran el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y “el escrito de evaluación de la propuesta... anticipada de liquidación que se hubiese presentado” (art. 75.2.3º LC modificado). La LC no impone un plazo determinado para la formación del inventario. Se limita a indicar a la administración concursal que lo elabore a la mayor brevedad posible, incluyendo en él un avalúo de los bienes y derechos que conforman la masa activa (art. 82.1 LC), así como, entre otros datos, los gravámenes, trabas y cargas que les afecten (art. 82.2 LC) y los litigios que puedan afectar a su contenido (art.82.4 LC), aunque el inventario tendrá que finalizarse antes de la presentación del informe, al que deberá acompañar. La lista de acreedores comprenderá una relación de los incluidos y otra de los excluidos (art. 94.1 LC), conformada en base a los créditos comunicados por los acreedores a la administración concursal (art. 85.1 LC) en el plazo de un mes desde el siguiente día de la publicación en el BOE del extracto de declaración del auto del concurso, conforme a lo dispuesto en el reformado apartado 1, párrafo segundo del art. 23 (art. 21.1.5º LC), así como de los créditos que resultaren de los libros y documentos del deudor o de los que, por cualquier otra razón, constaren en el concurso (art. 86.1 LC).

El inventario y la lista de acreedores incorporados al informe no son definitivos, ya que una vez presentado éste al juez, notificado a las partes personadas en su domicilio y publicado en el Registro Público Concursal, en el tablón de anuncios y en su caso en otros medios, oficiales o privados (art. 95 LC), las partes personadas podrán impugnar tanto el inventario como la lista de acreedores en el pazo de diez días desde la comunicación

efectuada en sus domicilios; los demás interesados podrán hacerlo desde la última publicación en los medios indicados (art. 96.1 LC). Contra las sentencias que se dicten sobre las impugnaciones, sustanciadas mediante incidente concursal, cabrá reproducir la cuestión en la apelación más próxima (art. 197. 4 LC), teniendo esa consideración la apelación que se produzca contra la resolución judicial que apruebe o rechace la apertura de la liquidación (art. 98, párrafo segundo, incorporado por el R.Decreto-ley 3/2009) De esta manera, adquieren simultáneamente firmeza la sentencia sobre los textos del inventario de la masa activa, la lista de acreedores, así como el auto que aprueba o rechaza el plan de liquidación y la apertura anticipadas de la fase liquidativa.

De lo expuesto se deduce que la evaluación de la administración concursal sobre el programa de liquidación propuesto por la deudora con anterioridad a la presentación del informe, no podrá ser definitivo, si el inventario de la masa activa recogiera, en ese momento algunos bienes y derechos indebidamente incluidos; u otros cuya reintegración se presume, sin poder precisar las posibles impugnaciones que puedan presentarse sobre el inventario. Esa provisionalidad del inventario puede afectar –en algunos casos sustancialmente- a la fiabilidad de la evaluación del programa de liquidación presentado por la entidad deudora, ya que en caso de enajenación de la empresa, la existencia o no de bienes imprescindibles o por lo menos esenciales para su actividad pueden incluso afectar a la propia viabilidad de la empresa y, por ende, a su valoración y en consecuencia al precio final que sobre su enajenación se pudiera conseguir. Por ello, y aunque la presentación de la propuesta se efectuara en plazo, una vez elevado al juez el informe, pudiendo despejarse alguna de las incertidumbres sobre el inventario, convendría agilizar al máximo la firmeza jurídica de aquellos bienes y derechos de la masa activa, indispensables para la correcta actividad de la empresa, con el fin de poder aportar de forma definitiva una evaluación del programa de liquidación sobre el que puedan formularse las observaciones que consideren oportunas las partes personadas y los demás interesados y, en todo caso, la administración concursal -en su evaluación de la propuesta de liquidación del deudor, incluida en el informe- debería desaconsejar su aprobación, si hubiera litigios en curso o impugnaciones sobre derechos imprescindibles para la

actividad de la empresa, cuando la propuesta de liquidación fuera sobre su enajenación o la de algunas ramas de actividad afectadas.

5.1.3.2 Con posterioridad a la presentación del informe

La segunda opción de la sociedad deudora es la presentación de su propuesta anticipada de liquidación en el tiempo que transcurre entre la entrega del informe al juez y los quince días siguientes a su presentación.

Debemos resaltar, en primer lugar, la inseguridad jurídica que provoca el texto normativo al fijar el *dies a quo* del plazo en la **presentación** del informe por la administración concursal, ya que la deudora no lo conocerá sino hasta que se le haya “notificado” en su domicilio al ser parte personada (art. 95. 2 LC). El texto debiera haber recogido la notificación del informe y no la presentación, la cual puede llevarse a cabo en el plazo de dos meses desde que se produzca la aceptación de dos de los tres administradores concursales e incluso en tres meses si el juez concede esa prórroga en el plazo de presentación (art 74 1 y 2 LC), sin que la deudora pueda conocer el momento exacto de la misma, salvo que se le notifique. Pero además, el art. 95. 2 LC tampoco señala un plazo determinado en el que deba producirse la notificación. Consideramos que sería necesario modificar el texto del art. 142 bis 1, sustituyendo presentación por notificación, a la que debería fijarse un plazo perentorio, máximo, por ejemplo, de tres días. Mientras esto no ocurra pensamos que serán los tribunales y, en última instancia, la jurisprudencia la que debería interpretar el precepto en el sentido que comentamos.

La sociedad deudora cuenta con dos factores positivos: 1º) el posible conocimiento del informe y la documentación complementaria que la administración concursal remitió al juez y que le habría sido notificada, como hemos indicado, en la forma que se detalla en el art. 95.2 LC⁵⁶⁸. El análisis de su contenido y de la exposición motivada que sobre la

⁵⁶⁸ Indicamos que su conocimiento es sólo posible, en base a la argumentación precedente y siempre que el plazo se inicie con la notificación fehaciente recibida por el deudor. De todas formas, y en base al art. 23. 1 LC modificado, como las notificaciones se realizarán preferentemente por medios telemáticos, informáticos

empresa y sus circunstancias hace la administración concursal, le servirá para ajustar su propuesta de plan de liquidación y aprovechar en su favor y en el de los intereses del concurso lo allí expuesto. 2º) El posible resultado de las negociaciones con los acreedores, si se hubiera planteado una propuesta anticipada de convenio por la deudora o los acreedores; la deudora podría también utilizar como arma para forzar la cristalización del convenio la inmediata presentación de la propuesta de liquidación si los acreedores no se aviniesen a adherirse, en la mayoría necesaria para que el juez considere aceptado el convenio.

5.1.3.3 Con posterioridad a la admisión de propuestas de convenio

Al dejar sin efecto las propuestas de convenio admitidas a trámite, una vez aprobado el plan de liquidación anticipada en el mismo auto en el que se acuerda la apertura de la fase de liquidación (art. 142 bis. 2 LC), llama la atención el carácter general de la disposición, sin dejar resquicio alguno para aquellas propuestas anticipadas de convenio que, por sus especiales características bien pudieran colisionar con la apertura de la fase de liquidación. No sólo les alcanza esta disposición a aquellas propuestas anticipadas de convenio propuestas por los acreedores o a las presentadas por la deudora a su adhesión por los acreedores, todavía no admitidas a trámite; también debemos suponer se aplicará a aquellas propuestas de convenio firmadas por aquélla y admitidas a trámite. En consecuencia, la deudora, aunque hubiera propuestas de convenio admitidas a trámite –y por tanto irrevocables (art.114. 2 LC)-, incluso propuestas por ella, podrá elevar su propuesta anticipada de liquidación, quedando en “hibernación” la convenida admitida a trámite hasta la aprobación o rechazo por el juez de la propuesta anticipada de liquidación, recuperando toda su virtualidad jurídica, en el caso de recaer auto de rechazo a la anticipada.

y electrónicos, no sería difícil que obrase en poder del deudor el informe con antelación suficiente, dada la celeridad de la transmisión a través de los medios expresados.

5.1.4 Plan de liquidación presentado por la deudora en la liquidación ordinaria

5.1.4.1 Con la solicitud de declaración del concurso voluntario

En esta fase previa del concurso es la sociedad deudora la única obligada a su proposición, siempre que pida la liquidación. Su presentación, como ya con anterioridad hemos expuesto, es un deber, porque va íntimamente unida a la solicitud de liquidación, la cual sí que constituye una facultad legalmente concedida a la deudora. Pero una vez presentada la petición de liquidación con la solicitud de concurso, la entidad deudora resulta obligada (art. 6.4 LC) a la formulación de una propuesta de plan⁵⁶⁹. Aunque se prescribe su presentación inmediata, se deja abierta la posibilidad –mediante motivación razonada- de hacerlo en un momento posterior. Razón suficiente podría ser la dificultad de elaboración del plan para una sociedad de capital de gran magnitud o de un grupo de sociedades que hayan presentado solicitud de liquidación.

5.1.4.2 Propuesta del plan de liquidación ordinaria por la deudora una vez declarado el concurso

La Ley no prohíbe la petición de liquidación en cualquier momento posterior a la declaración de concurso, antes bien, condiciona la propuesta anticipada de convenio de la deudora (art. 104LC) a que ésta no hubiese pedido la liquidación desde la declaración del concurso voluntario o del concurso necesario y hasta la conclusión del plazo de

⁵⁶⁹ Esta propuesta de plan no vincula a la administración concursal en la elaboración del suyo. Vid. BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, cit., p. 2373. Sin embargo, podrán ser de gran utilidad los conocimientos del concursado sobre su propio negocio. Por otra parte, no debiera minimizarse el plan del deudor por el hecho de denominarse “propuesta”, puesto que el plan presentado por la administración concursal es también una propuesta o un proyecto que puede modificarse con las aportaciones del deudor, acreedores y representantes de los trabajadores. Algunos autores consideran que el plan presentado por el deudor es el que debe someterse a debate, sin que sea necesario que la administración concursal presente uno nuevo, limitándose ésta a formular las observaciones y modificaciones que crea oportunas (Vid. UCEDA OJEDA, J., “Operaciones de liquidación”, cit., p. 692). Esta opinión solo podría justificarse si el contenido del plan de la sociedad deudora va acorde con los intereses del concurso, no han variado las circunstancias desde que la deudora lo elaboró y siempre que la administración concursal no tenga otros criterios, que considere más acordes para encauzar la liquidación. De todos modos, la entidad deudora siempre podrá aportar su propio plan en las propuestas de modificación, una vez expuesto el plan del órgano colegiado concursal.

comunicación de créditos, condicionando igualmente la apertura de la fase de convenio (art. 111 LC) y las propuestas de convenio que pueden presentar los acreedores (art. 113 y 114.1 LC) a que el concursado no tuviere solicitada la liquidación. En cualquiera de estos momentos, y aunque explícitamente no se indique en las normas que postulan el bloqueo del convenio por la solicitud de liquidación de la concursada, opinamos que se puede presentar un plan de liquidación al igual que se sanciona para su solicitud en la fase previa del concurso (art. 6.4 LC), ya que la propuesta de plan por la deudora se analizará en profundidad por la administración concursal a la hora de elaborar su propio plan; además, cuando se prevea la imposibilidad de un acuerdo convenido, la presentación de una propuesta de plan, juntamente con la solicitud de liquidación, ayudará a anticipar las gestiones y negociaciones conducentes a la elaboración del plan a presentar por los administradores, sirviendo de importante ayuda en la cristalización de las conclusiones del mismo. Pero, en tal caso, no sería ya un deber de la entidad concursada, sino una facultad, puesto que la LC sólo le obliga a su presentación a la hora de solicitar la liquidación juntamente con el concurso.

5.1.4.3 Propuesta de plan con la petición de liquidación hecha por la deudora, vigente el convenio

En el art. 142.3 LC se impone como deber a la deudora, pedir la liquidación, vigente convenio, cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas, después de su aprobación. Igualmente, los acreedores tendrán la facultad (no el deber) de solicitar dicha liquidación, por omisión de la deudora, en los casos taxativos que marca la norma (art. 142.4 LC). Sin embargo, nada se dice de la obligación o la posibilidad de presentar un plan de liquidación. En estos casos, por la proximidad de la posible apertura de la fase liquidatoria y de la formulación por los acreedores o la propia deudora, incluso, de un plan alternativo en el momento procesal que sigue a la manifestación del plan de los administradores, no parece razonable obligarles ahora a presentar una propuesta de plan.

5.1.5 Plazo para la formulación de observaciones o propuestas de modificación por las partes legitimadas y para la presentación del informe sobre las mismas por la administración concursal

Sobre el plan de liquidación ordinaria

La amplia discrecionalidad que la Ley concede al juez –al secretario judicial, a partir del 4 de mayo de 2010-⁵⁷⁰ sobre la forma y lugares en los que se haga público el plan, debiera haberse condicionado a su conocimiento en plazo por todas las partes –sociedad concursada, acreedores, representantes de los trabajadores⁵⁷¹- interesadas en presentar alegaciones al plan. Por ello, además de su exhibición en la oficina judicial, convendría hacerlo en los locales de la empresa, si está en activo, (para conocimiento de los trabajadores) y por medios telemáticos, informáticos y electrónicos para que llegue a la deudora y a los acreedores. El plazo de quince días para formular observaciones o propuestas de modificación debiera comenzar el día que se dé publicidad a la exhibición del plan y no desde que se fije en la oficina judicial⁵⁷².

Aunque la norma nada indica sobre el plazo de presentación del informe al que se somete el plan, por parte de los representantes de los trabajadores, de la similitud de lo dispuesto en el apartado 3 del art. 148 con lo preceptuado en el apartado anterior para la sociedad deudora y los acreedores, podría establecerse, según algunos autores,⁵⁷³ que se aplicará el mismo plazo que a ellos, en línea con lo preceptuado en la Regla 1ª Supletoria (art. 149.1LC) , ya que quince días es el plazo que se impone a la audiencia por el juez

⁵⁷⁰ El art. 17.35 de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de implantación de la nueva Oficina judicial, modifica, entre otros, el párrafo 2º del apartado 1 art. 148, con la siguiente redacción: **“El secretario acordará poner de manifiesto el plan en la oficina judicial y en los lugares que a este efecto designe y que se anunciarán en la forma que estime conveniente”**.

⁵⁷¹ En la Reforma Concursal italiana de 2006 –art. 104- no se requiere solicitar el parecer de los trabajadores para la aprobación del Programa de liquidación, salvo en el caso de enajenación de la empresa que implique una transmisión parcial de trabajadores a la entidad adquirente.

⁵⁷² Vid. UCEDA OJEDA, J., “Operaciones de liquidación”, cit., p. 694. En contra de esta posibilidad, vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E., “La flexibilización de la liquidación...”, cit., p. 991.

⁵⁷³ Al no existir plazo para la posible emisión del informe, deberá aplicarse el de quince días que tienen los demás legitimados para formular sus propuestas. Vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E., art., cit., p. 991.

a los representantes de los trabajadores, antes de dictar resolución sobre la venta unitaria, por unidades productivas de la empresa, o mediante la realización aislada de sus elementos, comenzando a computarse desde que se haya publicado la exhibición del plan.

Una vez finalizado el plazo, y si se hubieran presentado por las partes legitimadas propuestas de modificación u observaciones al plan, el órgano de administración concursal deberá, en diez días desde su recepción, emitir informe sobre las mismas.

Sobre la propuesta anticipada de liquidación

Si la propuesta de la deudora se presenta antes de elevarse el informe al juez (art. 75 LC) por la administración concursal, su evaluación o formulación de propuestas de modificación se llevará cabo por este órgano una vez que el juez –el secretario judicial a partir del 4 de mayo de 2010-⁵⁷⁴ le dé traslado de la propuesta anticipada de liquidación. Si la propuesta de la deudora se presentara después de emitido el informe, la administración concursal tendrá un plazo de diez días para proceder a su evaluación o modificación.

Las otras partes personadas podrán formular solamente observaciones a la propuesta anticipada de liquidación en plazo de diez días posteriores a la notificación personalizada en su domicilio; para el resto de interesados ese plazo se computará desde su última publicación, bien sea el Registro Público Concursal, tablón de anuncios del juzgado o, en su caso, cualquiera de las publicidades complementarias que el juez haya juzgado oportuno utilizar.

5.1.6 Plazo para la resolución judicial sobre el plan de liquidación

Al juez no se le impone expresamente plazo para resolver mediante auto sobre el plan -ni en la propuesta anticipada ni sobre el plan presentado en la liquidación ordinaria-, aun

⁵⁷⁴ En la nueva redacción dada al párrafos 2º y 3º apartado 1 del art. 142 bis, por el art. 17.34 de la Ley de implantación de la nueva oficina judicial – en vigor desde el 4 de mayo 2010- se sustituye al juez por el secretario judicial para dar traslado de la propuesta anticipada de liquidación a la Administración concursal, tanto si se presenta antes como después de emitido el informe.

cuando existieran observaciones o propuestas de modificación, presentadas por las partes legitimadas. Por ello, debe aplicarse el principio general, recogido en el punto 3 del art. 186LC, por el cual, cuando la Ley no fija plazo para dictar una resolución judicial, deberá hacerse “sin dilación” (principio recogido, casi en sus mismos términos, en el art. 132.2LEC), lo cual significa con diligencia, sin posponer la resolución, pero ponderando debidamente –sobre todo si existen propuestas y la complejidad del concurso lo requiere– los aspectos fundamentales para poder decidir si admite resolver o no en función de las propuestas, mantener el plan en sus términos, rechazarlo o acordar la liquidación –en el caso del plan en la liquidación ordinaria– aplicando las RLS. Finalmente, cabe indicar que el recurso de apelación que puede interponerse contra el auto dictado por el juez, cuando se hubieran formulado observaciones o propuestas, deberá sustanciarse dentro del plazo de cinco días contados desde el siguiente a la notificación de la resolución, ante el juez del concurso que la dictó (arts. 455.1 y 457.1 LEC).

5.2 Papel del plan de liquidación presentado por la sociedad deudora en la elaboración del plan por la administración concursal

El legislador, que obligó a la deudora en el momento de la solicitud de liquidación ordinaria a presentar un plan se olvida del mismo en el transcurso del proceso, en su fase común. Pero lo que parecería relativamente normal en esa fase⁵⁷⁵, no lo es al regular la fase de liquidación. El legislador no vuelve a mencionar el plan de liquidación de la deudora. No se argumentan las razones del “olvido” del mismo, ahora, cuando se trata de elaborar y presentar por la administración concursal el plan de liquidación al juez, ni se da a conocer qué papel se le asigna al mencionado plan. Este nuevo fallo en la armonización de los preceptos concursales, nos conduce a tratar de interpretar el silencio legislativo.

En primer lugar, la presentación del plan, junto con la solicitud no revocada de liquidación, ha cerrado las puertas a cualquier propuesta de convenio que pudiera haber

⁵⁷⁵ Ya hemos analizado anteriormente la referencia, en la estructura del informe del órgano colegiado concursal, a la evaluación de las posibles propuestas de convenio, si se hubieran presentado, silenciando el mismo tratamiento al eventual plan de liquidación presentado por el deudor. (art. 75.2.3° LC).

realizado la propia entidad deudora o los acreedores. Cualquiera que fuere la intención de la deudora al solicitar la liquidación y presentar un plan para llevarla a cabo, no desea que los acreedores tengan poder de decisión en la resolución del concurso. En la fase de liquidación, los acreedores podrán presentar, como después veremos, observaciones o propuestas de modificación al plan presentado por la administración concursal. Pero sin que tengan carácter vinculante. La fuerza de los acreedores en la legislación anterior, conservada en parte en la fase de convenio, desaparece como elemento decisorio en la fase de liquidación. Los acreedores no deciden. Proponen modificaciones –sólo observaciones si la propuesta es anticipada- a un plan en el cual no han intervenido. Sólo les queda la carta del representante de los acreedores en el caso que el órgano concursal sea colegiado. Pero, al estar en minoría, las decisiones colegiadas se podrán adoptar sin su asentimiento, quedándole el voto particular razonado, a evaluar por el juez, para poder tener una mínima posibilidad de fuerza en la decisión. El plan de la deudora debería tener un papel de cierta preponderancia a la hora de elaborar su plan el órgano concursal colegiado. Nada obsta, incluso, para que pueda ser asumido en su totalidad, si los criterios que expone son compartidos por la administración concursal. Lo normal es que se recoja parte de su contenido aunque, como expusimos en su momento, los intereses de la sociedad deudora y los que debe defender la administración concursal no siempre son coincidentes.

Cuando no se hubiera tenido en cuenta el plan de la deudora o lo recogido en el plan de los administradores concursales no le satisfaga, le queda todavía la posibilidad de presentarlo como propuesta, en el periodo que la Ley le permite con posterioridad a la puesta de manifiesto del plan presentado por el órgano concursal. Sin embargo, la posibilidad de que sea aprobado no está en su mano, sino que depende del informe que emita la administración concursal y, finalmente, de la decisión del juez. En definitiva, se ha perdido una oportunidad de regular la función del plan de liquidación presentado por la concursada y de su interrelación con el plan articulado de la administración concursal, sobre todo teniendo en cuenta el conocimiento que tiene de su empresa y de las aportaciones que puede realizar en el decurso de elaboración del plan a presentar al juez.

5.3 Presentación del plan en la liquidación ordinaria y anticipada con incorporación de los acuerdos o actuaciones realizadas en el eventual expediente colectivo sobre contratos laborales⁵⁷⁶

La posible dilación que puede suponer la tramitación de un expediente de extinción, suspensión de contratos laborales o modificación de las condiciones de trabajo, agravada por los posibles recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, asumidos por la LC, juntamente con el deber de dar cumplimiento a esos trámites con carácter previo a la aprobación del plan de liquidación (art. 148.4LC), postula la conveniencia, en su caso, de iniciar cuanto antes su tramitación, sobre todo si el plan de liquidación que puede haber presentado la deudora así lo sugiere o bien la propia administración concursal o incluso los representantes de los trabajadores consideran conveniente su urgente solicitud, por considerar que la demora puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa⁵⁷⁷.

El temor a que, mediante las operaciones de liquidación, se produzcan extinciones o suspensiones colectivas de contratos de trabajo, sin ajustarse a la reglamentación laboral, conculcándose los derechos adquiridos a través de esa normativa, indujo a distintos Grupos Parlamentarios a introducir en el Proyecto de Ley ⁵⁷⁸ el precepto finalmente aprobado, mediante el cual se obliga al juez a no aprobar el plan, mientras no se cumpla lo dispuesto en el art. 64 de la Ley, cuando se lleven a cabo operaciones que supongan extinción, suspensión de contratos laborales o modificación sustancial de las condiciones

⁵⁷⁶ Si no hiciera falta negociar un expediente colectivo, al considerar correcta tanto la plantilla de trabajadores como las actuales condiciones de trabajo, se aplicaría, por supletoriedad, el art. 149.2 LC, sobre sucesión de empresa a efectos laborales. Consideramos que, como en la práctica será lo habitual, si se tramita un expediente de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, ex art. 64, no entraría en juego lo dispuesto en las RLS sobre sucesión laboral, por lo menos en lo referente a la suspensión de los contratos de trabajo y modificación de las condiciones laborales, que se habrán acordado por el juez, una vez finalizado el procedimiento del art. 64 LC.

⁵⁷⁷ Sin embargo, la celeridad en la tramitación de estos expedientes se ha visto incluso atemperada mediante la modificación que del art. 64.1º LC hace el Real Decreto-ley 3/2009, al disponer que su presentación no podrá llevarse a cabo desde la solicitud del concurso –como disponía la norma en su redacción primitiva– sino “una vez declarado el concurso”.

⁵⁷⁸ Enmiendas presentadas en el Congreso por los Grupos Parlamentarios de Izquierda Unida (nº 83), Vasco (nº 150), Mixto (nn. 183 y 215), Socialista (nº 356) y Convergencia y Unió (nº 545), que se refieren también a la modificación, finalmente introducida, como apartado 3 del art. 148, sobre la remisión del plan a los representantes de los trabajadores, para que puedan formular observaciones o propuestas de modificación.

laborales(vid. art. 148.4LC)⁵⁷⁹. El precepto no aclara si el “dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 64”, significa haber tramitado todos los pasos reglamentados en dicho artículo o basta con haber iniciado el cumplimiento de la norma –por ejemplo, con la presentación ante el juez de la solicitud de medidas sobre extinción colectiva de relaciones laborales- para que el plan pueda recibir la aprobación judicial.

En la práctica, si la solicitud se plantea a partir de la notificación a la administración concursal de la apertura de la liquidación, será materialmente imposible cumplir la totalidad de los pasos a dar, expuestos en el art. 64. Los treinta días que, como máximo, concede la Ley a la administración concursal para la presentación del plan, inhabilitan su completo cumplimiento. Aunque ese órgano colegiado comenzase los trámites en la fecha de la resolución de apertura de la liquidación –y no desde su notificación-, tan solo

⁵⁷⁹ En la *Legge Fallimentare* italiana, reformada y recientemente corregida mediante Decreto lgs. 169/2007, aunque no se condiciona la aprobación del programa de liquidación a una posible reducción del nivel ocupacional, no hay tampoco una concreción suficiente, al regular la venta de la empresa, como para indicar si el interés por la conservación del complejo productivo y del nivel ocupacional debe prevalecer sobre el interés de los acreedores en obtener un precio más alto, aunque puedan coordinarse esos aspectos, debiendo encontrarse una fórmula que conjugue la máxima realización, junto con la máxima conservación posible de los medios todavía productivos. AMBROSINI, S., La liquidazione dell’attivo, art. cit., p. 642. Para otros autores, a diferencia de lo previsto en el arrendamiento de empresa (art. 104 bis de la *legge fallimentare*), en su venta no se exige, para la elección del adquirente, que se deban tener en cuenta garantías sobre el mantenimiento del nivel ocupacional, confirmando con esta omisión no ser ese criterio un factor decisivo en la enajenación de la empresa. ZANICHELLI, V., *La nuova disciplina...*, o.c., p. 303. CAIAFA adopta una postura más proclive a la tutela del nivel ocupacional, apoyado en el criterio sustentado por el ordenamiento comunitario sobre la noción de empresa, identificándola con cualquier articulación funcionalmente autónoma de una actividad económica organizada...con posibilidad de conservar en su venta la propia identidad...entendida como el conjunto de medios organizados...con el fin de desarrollar una actividad económica, ya sea esencial o accesoria, con potencialidad productiva. Basado en estos criterios concluye que su finalidad es permitir el mantenimiento de derechos, no sólo económicos, de los trabajadores, cuando se produzca una cesión de la empresa. CAIAFA, A., *La legge fallimentare...*, o.c., pp. 593-594. De todos modos, la ley concursal italiana no recoge precepto alguno –como en cambio si lo hace nuestra LC (art. 149. 3ª)- en la que se considere preferente una oferta de compra de empresa que mantenga los puestos de trabajo. Si, en cambio, al admitir una transferencia **solamente parcial de trabajadores**, implícitamente está abogando por un mantenimiento, siquiera en parte, del nivel ocupacional, sujeto a acuerdo entre el curador, el adquirente de la empresa y los representantes de los trabajadores (art. 105, 3º *legge fallimentare*). En la *Loi de sauvegarde* del 2005 se dispone como primera finalidad económica de la cesión el mantenimiento en todo o en parte de los empleos vinculados a la actividad económica susceptible de explotación (art. L. 642-1), compromiso que debe incluir en su oferta el futuro cesionario. Aunque la legislación laboral (art. 122-12 Código del Trabajo) mantiene los contratos laborales en caso de cesión de empresa, las bajas laborales resultantes de un plan de cesión en el procedimiento de liquidación judicial no serán anuladas, al haber sido aprobadas mediante resolución judicial. Vid. ARSEGUEL, A.-MÉTEYÉ, Th., “Les aspects sociaux...”, art. cit., pp. 119-120. Pero antes de que el Tribunal adopte la resolución, incluyendo los despidos indispensables incluidos por el cesionario en su oferta, (art. L. 642-5-último párrafo) se hace precisa la consulta al comité de empresa, el cual formulará sus observaciones y propuestas sobre la medida proyectada (art. L. 321-9 Código del Trabajo), así como informar a la autoridad administrativa competente

añadiríamos tres días más al plazo (art. 151.1 LEC). Solamente para el periodo de consultas, el art. 64 dispone un plazo de treinta días, más quince días para la emisión del informe por la Autoridad Laboral, aparte del tiempo indeterminado que lleve conseguir un acuerdo o el que se concede al juez para resolver, sin contar las dilaciones entre los distintos trámites a llevar a cabo. Obviamente será prácticamente imposible el cumplimiento de todas las actuaciones establecidas para dar cumplimiento a lo que dispone el mencionado artículo en el plazo perentorio establecido para la presentación del plan y su aprobación judicial.

Si se llegase a un acuerdo⁵⁸⁰ sobre las medidas colectivas laborales de saneamiento y se hubiera modificado por la deudora o los acreedores el criterio del óptimo laboral, negociado por el órgano colegiado concursal con los representantes de los trabajadores, aunque sus propuestas de modificación no tengan carácter vinculante, el juez podría aprobar el plan en función de las mismas. Por el contrario, al no poder aprobarse el plan por el muy probable incumplimiento del conjunto de trámites recogidos en el art. 64, automáticamente la liquidación deberá ajustarse a las RLS (art. 149.1LC), quedando sin efecto el contenido del plan. La deficiente articulación de este mandato en la norma de cierre del plan, fruto probablemente de las diversas modificaciones que fueron introduciéndose en el Proyecto de Ley y en el gran número de enmiendas presentadas, sin haberse procurado un tiempo de reflexión para pulir las incoherencias e introducir una armonización para su cumplimiento, hace de este precepto un claro ejemplo de la incertidumbre que va a suscitar tanto en el juez como en las partes personadas en el proceso. De lo expuesto, consideramos que las actuaciones que permite la norma son las de negociar el expediente colectivo laboral una vez declarado el concurso, aunque antes de la aprobación del plan habrá de cumplirse lo dispuesto en el art. 64 LC.

en las condiciones recogidas en el art. L. 321-8 del mismo Código. El liquidador o en su caso el administrador procede a los despidos de acuerdo con modalidades muy simplificadas y su coste queda a cargo del deudor. Vid. PEROCHON, F., “El nuevo Derecho francés...”, art. cit. pp. 95-96

⁵⁸⁰ Vid. RUBIO VICENTE, P.J., “La enajenación de la empresa”, cit., pp. 134-135.

5.3.1 Expediente negociado una vez declarado el concurso.

5.3.1.1 Solicitud con la presentación del informe de la administración concursal.

Se iniciará por la administración concursal, caso de ser necesario, inmediatamente después de presentado ante el juez el informe (art. 64.3LC) sobre la situación patrimonial y crediticia de la empresa (art. 74.1 y 2LC), en el que se habrán incorporado el inventario de la masa activa (art. 75.2.1ºLC), conteniendo, si fuera posible, un análisis de viabilidad de la empresa y, basado en él, un dictamen sobre el óptimo laboral para conseguirla, así como la valoración que el órgano colegiado del concurso –basado, en su caso, en el análisis de expertos independientes- haya dado a la empresa en su configuración unitaria o a sus diversas ramas de actividad (art. 82.3 y 83.1LC).

5.3.1.2 Solicitud después de la declaración del concurso

Cabe solicitarlo por la administración concursal, incluso inmediatamente después de haberse declarado el concurso sobre todo si presentado por la deudora el plan junto con la solicitud de liquidación ordinaria⁵⁸¹, y en base a las razones en él aportadas, se adoptan por el juez medidas de cierre o suspensión total o parcial de la actividad empresarial (art.44.4LC); e incluso si se demuestra que la demora en la adopción de las medidas laborales recogidas en el art. 64 puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa (art. 64.3, in fine). De esta manera –y aunque pudiera variarse en parte el contenido de las negociaciones con los representantes de los trabajadores en función de la posible variación del inventario y del óptimo laboral, a causa de las impugnaciones que pudieran llevarse a cabo- habrá, generalmente, tiempo suficiente para que el juez pueda pronunciar su resolución sobre las medidas colectivas solicitadas.

⁵⁸¹ Como anteriormente se analizó, la deudora debe presentar el plan al solicitar el concurso voluntario (art.6.4) o junto con la solicitud en el plazo de diez días después de notificarle la declaración de concurso necesario (art. 21.1.3º). Durante la fase común del concurso convendría también que presentase su plan si solicita la liquidación, aunque no haya una disposición legal que la obligue.

El plan de liquidación, tanto en este supuesto como en el anterior, recogerá las negociaciones celebradas, dándose así cumplimiento a lo dispuesto en el art. 148.4 LC, tanto si se hubiera llegado a un acuerdo como si todavía hubiera de continuarse el proceso negociador, incluso aunque se hubiera interpuesto recurso de suplicación al auto pronunciado por el juez del concurso sobre el particular⁵⁸² o el resto de recursos previstos en la LPL y admitidos por la LC. La solicitud e inicio de negociación ex art. 44.4 o mediante el cumplimiento del art. 64.3 –sobre todo si el posible plan de liquidación de la sociedad deudora considera necesario un determinado saneamiento laboral de la empresa– ayuda sobremanera a madurar un proceso, ciertamente lento, no sólo por cumplir lo reglamentado en la norma (art. 148.4), sino por la proyección que el auto judicial (sobre todo si hubiere acuerdo entre las partes) tendrá en el planteamiento de la enajenación y en el interés del potencial adquirente por la empresa o la unidad económica, saneada desde el marco laboral.

5.3.2 Expediente negociado, abierta la fase de liquidación⁵⁸³

Cabría cumplimentar –durante el plazo para la elaboración del plan– la solicitud de adopción de medidas colectivas sobre contratos de trabajo, con presentación de toda la documentación exigida (art. 64.4LC), justificando la imposibilidad de terminación del expediente (por ejemplo, en la no convocatoria por el juez a los representantes de los

⁵⁸² Caso de concluir las negociaciones sin acuerdo el art. 64.7 LC el juez debe remitirse a la legislación laboral para adoptar su resolución. Pensamos que debiera aplicarse lo que se recoge en el art. 51.6 ET, sobre despido colectivo: “Cuando el periodo de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución, estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial...”; “si transcurrido dicho plazo (quince días naturales a partir de la comunicación a la autoridad laboral del periodo de consultas) no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos de la solicitud”. La autorización procederá –dispone esta norma– si de la documentación obrante en el expediente, se desprende razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias..” para garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo”.

⁵⁸³ Un ejemplo de expediente negociado y resuelto en fase de liquidación se recoge en el auto del Juzgado de la Mercantil de Bilbao, de 30 de marzo de 2007, procedim abreviado 729/2005, (AC 2007/729), por el que se aprueba el plan de liquidación con enajenación unitaria de la empresa, mediante venta directa, en los términos propuestos por la administración concursal, de acuerdo con la negociación sostenida con los representantes de los trabajadores y habiendo tenido en cuenta los argumentos de algunos acreedores, sobre distintas ofertas de compra, en las que se incluían, entre otros aspectos, el precio de compra, la forma de pago, así como el compromiso de recolocación parcial de la mano de obra. El plan de liquidación se pudo autorizar gracias al compromiso adquirido entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal, siguiendo lo preceptuado en el art. 64 LC.

trabajadores y administración concursal (art. 64.5) para el inicio de las consultas; por continuar las negociaciones en curso al no haber finalizado el plazo habilitado por Ley o al no haber conseguido todavía un acuerdo, etc.). La administración concursal consigue así demostrar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 64, hasta donde le es posible, ya que no está en su mano acortar, por ejemplo, el periodo de consultas para la consecución de un acuerdo con la contraparte, si las posturas son muy distanciadas; como tampoco puede forzar la emisión en el menor plazo del informe a emitir por la Autoridad Laboral, debiendo el juez admitir el principio jurídico de universal observancia *ad impossibilia nemo tenetur*. También entra en lo posible presentar la solicitud de medidas colectivas laborales, aportando la documentación exigida e indicando al juez la conveniencia de demorar el periodo de consultas, hasta tanto no se apruebe el plan de liquidación o, incluso, no se conozcan las observaciones del potencial adquirente sobre el óptimo laboral.

Cabrían además otras posibilidades como plantear, junto con la solicitud y la documentación necesaria,

- a. la constitución una mesa de negociación en la que intervinieran las partes personadas-administración concursal, representantes de los trabajadores, sociedad deudora y acreedores- con el fin de concertar las medidas objeto de la solicitud.
- b. la aprobación provisional del plan para la realización de las operaciones de liquidación, a reserva de la sustanciación de las medidas objeto de negociación.
- c. la aprobación definitiva del plan con los acuerdos que se hayan logrado en la mesa de negociación y, si fuera factible,
- d. incorporando las observaciones del posible adquirente sobre el óptimo laboral, cuando se condicionase la compra de la empresa a su aprobación.

5.3.3 Medidas colectivas laborales a adoptar en función de la viabilidad de la empresa.

Podemos clasificar las empresas en liquidación en cuatro grandes apartados, en función de su mayor o menor viabilidad:

A) Empresas sin viabilidad:

Inactivas

En actividad (inviabiles por causas insubsanables).

En estos casos, nuestra recomendación sería acogerse a las medidas del art. 44.4LC, solicitando del juez, lo antes posible, la extinción total de los contratos laborales, para evitar la sangría que supone el pago (o por lo menos el devengo) de los salarios, que disminuye progresivamente el monto a conseguir por los acreedores en la venta por elementos del activo empresarial sin contrapartida alguna.

B) Empresas inactivas pero potencialmente viables.

Cabe pedir la extinción total o parcial (con suspensión temporal del resto) de los contratos laborales, si hubiera trabajadores todavía en activo. Nuestra recomendación sería, por regla general, solicitar la extinción total de los contratos laborales y dejar al futuro adquirente que contrate el colectivo laboral que considere más idóneo para la actividad de la empresa.

C) Empresas inviables unitariamente, pero viables, en todo o en parte, como unidades económicas, ramas de actividad o centros de trabajo.

En función del análisis de viabilidad se podría plantear la extinción parcial o total de los contratos de los trabajadores adscritos a esas ramas de actividad, solicitándose la extinción total de los contratos laborales correspondientes al resto de la plantilla de la empresa.

D) Cuando el análisis de viabilidad de la empresa sea positivo, cabría distinguir si la viabilidad:

- a. está condicionada a la extinción total o parcial de los contratos laborales, en función del análisis del óptimo laboral;
- b. si estuviera supeditada a la adición de medios financieros, materiales u organizativos, dejando a criterio del futuro adquirente el óptimo laboral;
- c. si no comporta recomendación alguna sobre el colectivo laboral, al considerar que la insolvencia de la empresa está fundamentada en otros parámetros distintos al laboral.

En estos supuestos, convendría seguir las recomendaciones que los expertos hayan elaborado sobre viabilidad, salvo que la administración concursal considere oportuno habilitar otros criterios de actuación, si bien, para apartarse de lo dictaminado por los técnicos, debería justificar su postura, razonándola de manera suficiente.

5.3.4 Interés de las partes personadas en el procedimiento sobre las medidas colectivas laborales.

5.3.4.1 Acreedores

Todo lo que conlleve un mayor precio neto con que resarcirse del importe de sus créditos será positivo para sus intereses. La reducción laboral implicará una disminución de los ingresos por la venta de la empresa al tener que abonar al FOGASA, con cargo a la masa activa concursal, el importe de lo asumido por ese organismo (en el excedente de pago por salarios e indemnizaciones tasados en el art. 33 ET se subrogará el adquirente, si así se hubiera pactado en el contrato de compra de la empresa). Sin embargo, si mediante ese inicial sacrificio monetario –que implica saneamiento y posibilidad de hacer viable la empresa- se logra un precio mayor al que se hubiera conseguido sin el expediente laboral, los acreedores, lógicamente, considerarán positiva la medida. Medida que, de adoptarse antes de la elaboración del plan de liquidación, se tomará por el juez sin consultar a los acreedores (arts. 44.4 y 64LC), salvo la defensa de sus intereses mediante la actuación de

su representante en el órgano de administración colegiado, con voz y voto, pero siempre en minoría en la adopción colegiada de cualquier decisión⁵⁸⁴.

5.3.4.2 Administración concursal

Su interés debe confundirse con el del concurso. Si la empresa es viable mediante un saneamiento laboral –ya conocido normalmente al elaborar su informe- debería, generalmente, solicitar el comienzo de negociaciones, ya que el posible acuerdo con los representantes de los trabajadores tendrá validez, no sólo para el caso de venta de la empresa en la fase de liquidación, sino también para su enajenación en fase de convenio o incluso para cualquiera de las demás soluciones contempladas en el art. 100 LC.

5.3.4.3 Sociedad deudora

Su postura será la adoptada en la propuesta de liquidación anticipada o, en caso de solicitud de liquidación ordinaria, si pidió la liquidación con la solicitud de concurso o en cualquier momento posterior. Si nada hubiera indicado al respecto o no hubiera solicitado la liquidación, opinamos que su postura será favorable a conseguir el óptimo laboral, prácticamente en todos los supuestos en que se encuentre su empresa, ya que el saneamiento de los contratos laborales, tanto para un posible convenio mediante quita y espera, como para cualquiera de las soluciones contempladas en los apartados 2 y 3 del artículo 100, supone un paso importante en la viabilidad futura de la empresa. Cabría su disenso en caso que la administración concursal contemplase por defecto la posible extinción de contratos laborales propuesta por ella o bien se considerase más conveniente una extinción parcial en vez de total, planteada por la deudora en su plan de liquidación o en la propuesta de modificación al plan presentado por el órgano de administración concursal.

⁵⁸⁴ El acreedor, nombrado administrador concursal, desde el momento de la aceptación de su nombramiento se debe a los intereses del concurso, siendo corresponsable de los acuerdos que lesionen la masa activa y, en general, de los actos y omisiones contrarios a la Ley o poco diligentes (arts. 35.1. y 36.1 LC). Ello no es incompatible con la defensa de los intereses del colectivo de los acreedores, siempre que no conculque sus deberes como administrador concursal.

5.3.4.4 Representantes de los trabajadores

Su planteamiento, salvo motivaciones no estrictamente técnico-empresariales, cuando se trate de conseguir la viabilidad de la empresa, adoptando medidas laborales, mediante el plan de liquidación presentado por la administración concursal o anteriormente por la deudora, a través del art. 64 o en la propuesta de liquidación anticipada, debería ser diferente a la negociación que pueda plantearse sobre tales medidas cuando la empresa no ha sido declarada en concurso y sobre todo si la única salvación –en la fase de liquidación– es a través de la venta de la misma o de sus unidades productivas. Es posible que el óptimo laboral, desde su óptica, pueda variar del planteado por la administración concursal o en el incluido en la propuesta de liquidación presentada por la sociedad deudora; pero si el saneamiento laboral está fundamentado en un análisis técnico de viabilidad, elaborado por expertos independientes, el margen para el disenso no debería ser muy amplio. Por tanto, la negociación de los representantes de los trabajadores –sin la existencia de otras motivaciones que la defensa, basada en análisis técnicos, de los puestos de trabajo– debería ser distinta a la que cabría plantear cuando la empresa pasa por dificultades o incluso está en crisis preconcursal.

La extinción parcial de los contratos de trabajo, para alcanzar el óptimo laboral debería ser racional y objetiva⁵⁸⁵; rápida, ya que, de lo contrario, el desgaste de la situación puede abocar en un planteamiento más amplio de extinción; soportando sacrificios que probablemente no se hubieran arrojado en otra situación de la empresa y en función de las posibles pretensiones del potencial adquirente –si son conocidas o, por lo menos, previstas–, respecto a la finalidad que desee dar a la empresa. El futuro comprador deseará conocer el colectivo laboral con que cuenta la entidad, antes de aceptar un compromiso de adquisición en base a las condiciones planteadas por la administración

⁵⁸⁵ El análisis de viabilidad convendría, en principio, que hiciese mención al número óptimo de trabajadores que permanecerían en la empresa o en la unidad productiva, teniendo en cuenta su cualificación, edad, puesto de trabajo, antigüedad, etc., así como los volúmenes indicativos de indemnización : menor, igual o superior al máximo legal impuesto en caso de despido colectivo (art. 51 ET).

concurzal, proponer una contraoferta, presentar una oferta de compra o concursar en una licitación.

5.3.4.5 Futuro adquirente

El conocimiento, a través del estudio técnico de los medios materiales, humanos y organizativos que deberá aportar la administración concursal para que efectivamente pueda considerarse empresa viable, ayudará en gran medida a tomar la decisión pertinente. La enajenación se hará más atractiva si se plantea con las medidas de saneamiento laboral ya acordadas, puesto que se asegurará al adquirente la viabilidad desde la óptica de los recursos humanos, siempre que la adecuación del colectivo laboral, sobre todo en lo referente a la extinción de puestos de trabajo, sea considerada por el futuro comprador suficiente para garantizarla. Además el coste indemnizatorio derivado de la extinción ya será conocido, tanto si está integrado en el precio de venta como si debe ser asumido por el adquirente. Igualmente la posibilidad de no subrogación del comprador –siempre que se haya acordado con el juez- en los salarios e indemnizaciones pendientes de pago, anteriores a la enajenación (con el límite máximo señalado en el art. 33ET)⁵⁸⁶, asumidos por el FOGASA es otro de los factores positivos para el futuro adquirente, ya que conocerá el sobreprecio que tendrá que pagar si debe hacerse cargo de las deudas laborales no cubiertas por el FOGASA. De esta manera estará en disposición de evaluar su interés por la adquisición, al analizar el precio fijado en función de los parámetros enunciados, y considerar o no atractiva su adquisición, negociando, en su caso, una contraoferta.

⁵⁸⁶ Por supuesto el FOGASA, como un acreedor subrogado en el crédito de los trabajadores contra la empresa por el monto de lo pagado, percibirá, -de acuerdo con la prelación de créditos, todo o parte de lo abonado- de la masa o como acreedor con privilegio especial y, en su caso, general (arts. 84.2.1º y 5º; 90.1.3º y 91.1º LC). Algunos autores consideran que en la parte no percibida, el FOGASA podrá, por vía de regreso, recuperarla del adquirente. Esa argumentación parece contradecir la postura del legislador de favorecer la compra de una empresa que, por estar en liquidación, necesita determinado tipo de ayudas y, en concreto, la no extensión de la subrogación en esas deudas. El apartado 2 del art. 149 –aplicable aunque el plan de liquidación no lo haya contemplado en virtud de la supletoriedad de la regla- no establece ningún condicionante a la “no subrogación” del adquirente en las cantidades asumidas por el FOGASA. No subrogación, entiendo, aplicable en el momento de la enajenación y sin perder su vigencia en un momento posterior. De todas formas, si el plan de liquidación contuviera cláusulas sobre los créditos laborales no asumidos por el FOGASA –por ejemplo, su atención en todo o en parte por la masa activa del concurso- serán objeto de cumplimiento, ya que el adquirente de la empresa no conculca los principios de la sucesión de empresa, puesto que ésta se aplicará “supletoriamente” si el deudor principal –la masa activa concursal- no atendiese esos créditos salariales.

De todas formas, los posibles recursos a interponer contra el auto judicial sobre el expediente de regulación de empleo con el que finaliza el incidente concursal en primera instancia, aunque no tengan efectos suspensivos en la tramitación del concurso, inciden, a veces de forma sustancial, a la hora de negociar con los posibles adquirentes la venta de la empresa. El futuro comprador querrá conocer cuál es el colectivo laboral en cuyos contratos debe subrogarse, en virtud de la sucesión de empresa, que a efectos laborales, sanciona el art. 149.2LC (ratificando el mismo principio contenido en el art. 44 del ET) cuando exista un cambio de titularidad en una empresa, una unidad productiva autónoma o un centro de trabajo. Por ello, el único modo fiable de conocer la futura plantilla de la empresa a adquirir será la firmeza de la resolución judicial, que no se alcanzará hasta que no se falle el último recurso admitido, que no es otro que el de casación, o incluso de revisión, ante el Tribunal Supremo. El alargamiento del proceso hasta alcanzar una resolución firme puede echar por tierra una negociación de venta o hacer que la misma se condicione a su firmeza. En muchos casos, habrá que demorar el inicio de las negociaciones de venta al fallo que dé firmeza al aspecto laboral controvertido, lo que posiblemente conlleve un menor precio a ofertar; en algunos casos, la empresa posiblemente habrá dejado de ser viable, teniendo que venderse por elementos.

5.4 Ventajas e inconvenientes de la tramitación previa a la fase de liquidación del eventual expediente colectivo laboral

El inicio de la negociación del expediente colectivo laboral, con propuesta de plan de liquidación ordinaria por la deudora o en su propuesta de liquidación anticipada, una vez presentado el informe al juez por la administración concursal, tiene la ventaja del cumplimiento de los trámites del expediente sin celeridad, posiblemente conociendo el dictamen de viabilidad recogido en el inventario de la masa activa (necesario, como hemos analizado anteriormente, para poder evaluar con garantía la empresa o sus unidades productivas), en el cual se habrá analizado el óptimo laboral y la necesidad, en su caso, de llevar a cabo un determinado saneamiento laboral. La elaboración del plan de liquidación

por la administración concursal⁵⁸⁷, y en concreto el análisis de la factibilidad de contemplar la enajenación de la empresa, se habrá iniciado con antelación a la notificación de apertura de la fase de liquidación, pudiendo –por razón del cumplimiento de lo preceptuado en el art. 148.4LC- presentar un acuerdo sobre el logro de un óptimo laboral, mediante la extinción o suspensión de parte de los contratos de trabajo o, por lo menos, unas negociaciones lo suficientemente avanzadas para que se consiga un acuerdo a corto plazo o bien, si concluyera la negociación sin acuerdo, pueda el mismo juez del concurso, dictar auto en el incidente concursal sobre el expediente colectivo.

La administración concursal, en el lapso de tiempo con el que cuenta para la elaboración del plan, podrá redactar sus conclusiones y remodelar determinados criterios sobre el modo de llevar a cabo la enajenación de la empresa. La presentación del plan de liquidación al juez, con la incorporación, en su caso, de las medidas laborales colectivas, ayudará, a la deudora, a los acreedores y representantes de los trabajadores, a preparar sus observaciones y propuestas de modificación de forma más ajustada y mayor conocimiento de causa sobre las consecuencias que comportará el plan, si resultase aprobado por el juez sin modificación alguna. Éste tendrá una percepción más exhaustiva de la operativa de ejecución de la empresa y podrá enjuiciar con mayor precisión y profundidad acerca del contenido del plan y de las observaciones y propuestas de las partes habilitadas, para adoptar la decisión más conveniente para los intereses del concurso, observando además el condicionante que el art. 148.4 le impone, previo a la aprobación del plan, cual es el cumplimiento de las disposiciones del art. 64 sobre medidas laborales colectivas.

Los inconvenientes han sido ya anteriormente analizados:

- a. Negociación adelantada e incluso acuerdos conseguidos sin tener en cuenta las propuestas de la sociedad deudora y los acreedores.

⁵⁸⁷ La propuesta de liquidación anticipada, presentada por la sociedad deudora hasta los 15 días siguientes a la presentación del informe al juez por la administración concursal, aunque no permite gozar de la amplitud de plazo del que dispone el órgano colegiado concursal, ayudará a establecer unas conclusiones en las negociaciones que se hayan venido manteniendo con los representantes laborales en base a los datos y consideraciones recogidas en el informe, ya que el expediente colectivo laboral en base al art. 64, ha podido iniciarse por la deudora una vez declarado el concurso.

- b. Adopción de acuerdos sobre las medidas colectivas laborales cuando posteriormente no resulte aprobado el plan de liquidación (aunque si la liquidación se produce mediante las RLS, se deberán igualmente cumplimentar las disposiciones del art. 64 LC).
- c. No coincidencia del acuerdo conseguido –llegado el caso- con las apreciaciones del futuro adquirente, lo que comportará consecuencias negativas a la hora de reiniciar una nueva negociación con los representantes de los trabajadores –en duración y en posibilidades de conseguir un nuevo acuerdo- de incierto resultado en la magnitud cuantitativa de las medidas así como en el monto económico de las mismas. El adquirente querrá que se apruebe en firme, con anterioridad, el nuevo expediente colectivo, ya que los salarios e indemnizaciones pendientes de pago, anteriores a la enajenación, no asumidas por el FOGASA, correrán por su cuenta, con el incremento de precio que le supondría la adquisición de la empresa (art. 149.2LC) y el riesgo de no llegar al acuerdo necesario para conseguir la plantilla que considere más adecuada a sus necesidades.

Quizá una fórmula, ya anteriormente apuntada, que podría ayudar a cumplir lo dispuesto en el art. 64LC antes de la aprobación definitiva del plan –tanto para la propuesta de liquidación anticipada hecha por la deudora como para el presentado por la administración concursal en la liquidación ordinaria-, podría ser la aprobación de un plan provisional⁵⁸⁸, condicionando la tramitación del expediente colectivo laboral a unos términos de cierta flexibilidad, aunque acordes con el contenido del plan, incluso dejando la vía abierta a una negociación con el posible adquirente –si ya hubiese candidatos y la cristalización de la compra dependiera de ese extremo-, de tal forma que en el acuerdo intervinieran representantes de los trabajadores y posible adquirente, junto con los administradores concursales. Una vez conseguido el acuerdo, el juez podría proceder a la

⁵⁸⁸ Vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E., “La flexibilización de la liquidación concursal ...”, cit., p. 993.

aprobación definitiva del plan, al estar en su mano la aprobación tanto del expediente colectivo (salvo posibles recursos) como del plan de liquidación.

5.5 Efectos de la interposición de los distintos recursos contra el auto judicial sobre el expediente colectivo de saneamiento laboral

Los arts. 64.8 y 197.8 LC, prácticamente con igual redacción, habilitan la interposición del recurso de suplicación y del resto de los recursos previstos en la LPL⁵⁸⁹, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social. El legislador considera que al suprimir los efectos suspensivos tanto al recurso de suplicación como al resto de los recursos habilitados, ha eliminado las trabas que supone la paralización tanto del incidente concursal sobre el expediente colectivo laboral como del procedimiento concursal, en su fase de liquidación. Sin embargo, también aquí la falta de previsión sobre las consecuencias de las enmiendas introducidas en el art. 148 comporta unos efectos indeseados: ¿cómo se va a proceder a la enajenación de la empresa sin que haya una sentencia firme sobre la extinción o suspensión de los contratos laborales o la modificación de las condiciones de trabajo? En muchas ocasiones la consecución del óptimo laboral comportará –si no únicamente, si de modo sustancial- la viabilidad de la empresa en liquidación. ¿Qué potencial adquirente se atreverá a adquirir en firme la empresa o sus unidades económicas sin conocer de modo definitivo la resolución judicial sobre el colectivo laboral?

Pero además, si se agotase la interposición de recursos en las diversas instancias: Suplicación; Queja; Casación, incluso revisión, la sentencia firme del Tribunal Supremo – dado el tiempo que habrá transcurrido- será, en algunos casos, posiblemente inejecutable por falta de contenido: la empresa seguramente será ya inviable o estará inactiva, sin

⁵⁸⁹ Libro III, Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. RDL 2/95 de 7 de abril, modificado por la Disposición Final 15ª de la LC. Recurso de Suplicación ante el TSJ de las CCAA (art. 188 y 189 de la Ley, modificados por la Disposición Final 15ª de la LC. Recurso de Queja ante la Sala de lo Social del TSJ y ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.(art. 187 LPL y arts. 494-495 LEC). Recurso de Casación (arts. 203 ss. LPL) y de casación para unificación de doctrina (arts. 216 ss. LPL). Recurso de Revisión (art 234LPL).

posibilidad de reactivación y la extinción parcial (que eventualmente pudo haber sido el objeto del auto judicial recurrido), se habrá transformado en una necesaria extinción total, con la pérdida de empleo de todos los trabajadores de la empresa. Por supuesto, en tal caso, no habrá potencial adquirente de la empresa, debiendo enajenarse la misma por elementos, con la consiguiente pérdida del monto total a percibir por los acreedores, agravada con los salarios devengados y las indemnizaciones que contribuirán en mayor medida a disminuir la percepción con que satisfacer sus créditos. Si la batería de recursos terminase en segunda instancia, ante el TSJ en Suplicación y, en todo caso, en Queja ante la Sala de lo Social del mismo Tribunal, fijando una tramitación urgente a los recursos y un plazo máximo para su substanciación se ganaría en celeridad, sin demasiado menoscabo de los derechos en litigio.

5.6 Observaciones y propuestas de modificación al plan de liquidación

5.6.1 Al plan de liquidación anticipada

5.6.1.1 Evaluación y propuestas de modificación de la Administración concursal a la propuesta de liquidación anticipada

5.6.1.1.1 Antes de la presentación al juez del informe

Si con anterioridad a la presentación del informe, el deudor presentase propuesta de liquidación anticipada, el secretario judicial trasladará la propuesta al órgano de administración para su evaluación y modificación, en su caso. La administración concursal recibirá la propuesta en base a la cual, -así como al inventario aportado por la sociedad deudora con la solicitud de concurso y a los datos que el propio órgano concursal hubiera conseguido- reelaborará el inventario de bienes y derechos, sus cargas y gravámenes, así como su valoración. A la luz de este inventario de la masa activa depurado (que como anteriormente indicábamos, será provisional hasta tanto no se resuelvan en firme los posibles incidentes concursales que puedan interponerse sobre el mismo) la administración concursal deberá efectuar una evaluación de la propuesta de liquidación anticipada. Esta evaluación y las posibles propuestas de modificación deberían tener en cuenta, a nuestro

juicio, los criterios que el juez, a la hora de adoptar su resolución, va a tomar en consideración, es decir las RLS y los intereses del concurso. De esta manera, se le facilitará al juez su tarea de resolver sobre la propuesta y las observaciones formuladas por las partes y terceros interesados.

La administración concursal presenta, junto con el informe, el inventario depurado, la lista de acreedores –separando los incluidos de los excluidos- el escrito de evaluación y, en su caso, sus propuestas de modificación a la anticipada de liquidación presentada por el deudor (art. 75.2.3º)⁵⁹⁰ El informe, junto con la mencionada documentación complementaria se notificará a las partes personadas en el domicilio que hubieran señalado a tal efecto, publicándose en el Registro Público Concursal, tablón de anuncios del juzgado y, si fuera imprescindible, en medios de publicidad públicos o privados (art. 95, 2 y 3 LC).

5.6.1.1.2. Después de presentado el informe al juez

En este supuesto, el informe y su documentación complementaria, recogida en el art. 75.2 LC ya se ha presentado al juez, procediéndose a su notificación a las partes personadas y a su conocimiento mediante última publicación al resto de interesados, dándoles un plazo de diez días desde su notificación o última publicación respectivamente para posibles impugnaciones, tanto de la inclusión o exclusión de bienes o derechos y aumento o disminución del avalúo en los incluidos, como de la inclusión o exclusión de créditos, de su cuantía o de la clasificación de los reconocidos (art. 96. 1,2 y 3 LC). Al no haberse presentado todavía propuesta anticipada de liquidación por la deudora, el procedimiento de posibles impugnaciones sigue su curso procedimental a través de incidentes concursales.

⁵⁹⁰ El modificado nº 3 apartado segundo del art 75 no recoge, junto con el informe, inventario lista de acreedores, más que el escrito de evaluación de la propuesta de liquidación anticipada. Pensamos que, junto con la evaluación debieran incluirse, en su caso, las propuestas de modificación que pudiera también formular la administración concursal.

Si dentro de los quince días siguientes a la presentación (con mayor rigor, a nuestro juicio, “a la notificación”) del informe se presentara la solicitud-propuesta de liquidación anticipada⁵⁹¹ el secretario judicial le dará traslado a la administración concursal, para que -en plazo no superior a diez días- proceda a su evaluación o propuesta de modificación, si considera que existen aspectos que pueden lesionar los intereses del concurso o se conculca la legalidad en aspectos fundamentales que podrían ser causa de nulidad. Cabría también como posible, no sólo modificar algunos aspectos de la propuesta hecha por la deudora sino incluso elaborar un plan de liquidación alternativo⁵⁹², de tal manera que el juez tenga un nuevo proyecto para adoptar la decisión más conveniente a los intereses del concurso.

5.6.1.2 Observaciones de las partes personadas y otros interesados.

5.6.1.2.1 Antes de la presentación del informe

Hubiera sido importante conseguir el texto de la lista de acreedores reconocidos antes de formular las observaciones pertinentes al programa de liquidación anticipada, aunque en esta fase no parece que sea factible, ya que la relación de acreedores incluidos y excluidos forma parte del informe a presentar al juez por la administración concursal (art. 94 LC). Sin embargo, y dado que la norma admite también su formulación por los “demás interesados” (art. 142 bis. 1, último párrafo LC)⁵⁹³, pensamos que no hay inconveniente en

⁵⁹¹ La propuesta anticipada de liquidación contiene en sí misma la solicitud de liquidación. El juez en su resolución, no sólo aprueba, en su caso, el plan de liquidación, sino que el mismo auto acuerda la apertura de la fase de liquidación; apertura que no se efectúa *de oficio* sino que se apoya en la implícita solicitud del deudor ínsita en la propuesta de liquidación anticipada.

⁵⁹² GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ-LÓPEZ SÁNCHEZ sugieren que, aunque se excluye la formulación de un plan por la administración concursal en la liquidación anticipada, cabe como posible que formule una propuesta de modificación tan sustancial que constituya un nuevo plan. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ J.A-LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La liquidación anticipada”, en o.c., p. 142.

⁵⁹³ La posibilidad de formular sólo observaciones a la propuesta de liquidación anticipada por acreedores y otros interesados que tuvieran un interés legítimo en el concurso contrasta con lo dispuesto en el art. 148.2, sobre el plan de liquidación ordinaria, que admite observaciones y propuestas de modificación al plan de liquidación al deudor y a los acreedores concursales. Quizá sea debido a que la propuesta de liquidación anticipada del deudor va a ser conocida al publicarse en el Registro Público Concursal, y por tanto algunos acreedores o incluso titulares de bienes incluidos erróneamente en la masa activa, no han tenido la

que –incluso los inicialmente excluidos- puedan presentar sus observaciones -caso de no estar personados-, de acuerdo con la remisión del citado párrafo del art. 142 bis, al apartado primero del art. 96, siempre que lo efectúen en plazo de diez días, computado desde la última publicación del informe presentado al juez por la administración concursal, llevada a cabo en el Registro Público Concursal, tablón de anuncios del juzgado o en cualquier otro medio que el juez hubiera considerado imprescindible⁵⁹⁴.

Las partes personadas, en plazo igualmente de diez días desde la notificación en su domicilio⁵⁹⁵ del informe podrán no sólo impugnar el inventario y la lista de acreedores, sino también formular observaciones a la propuesta de liquidación anticipada⁵⁹⁶, así como a la evaluación y posibles modificaciones que del mismo hubiera emitido la administración concursal (art. 142 bis en relación con el art. 96. 1 LC)⁵⁹⁷. Las

posibilidad todavía de materializar la impugnación del inventario o de la lista de acreedores, sustanciada en cambio a la hora de presentar el plan de liquidación ordinaria. Por otra parte, y aunque el art. 184. 3 LC permite formular alegaciones a los no personados, sin comparecer en forma, al supeditarse la formulación de observaciones a las condiciones del art. 96, parece que se exigiría personarse en el concurso representados por procurador y asistidos de letrado (art 184. 3 LC). GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.-LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La liquidación anticipada”, en o.c., p. 148.

⁵⁹⁴ En el art. 142 bis, en el párrafo segundo de su apartado n. 2, si se ha previsto la posibilidad de autorizarse por el juez el pago de los créditos sin esperar a las impugnaciones promovidas, adoptando medidas cautelares que aseguren su efectividad. Criterio que avalaría la presentación de observaciones por aquellos acreedores contra los que se hubiera presentado impugnación de su crédito, incluso por aquellos excluidos que hubieren impugnado la calificación practicada por la administración concursal.

⁵⁹⁵ Tanto las partes personadas en el concurso como los demás interesados pueden formular observaciones a la propuesta de liquidación anticipada. También los acreedores que figuran en la relación de excluidos, están habilitados para formular tales observaciones, en el plazo de diez días desde su comunicación o publicación, de acuerdo con las condiciones establecidas en el apartado primero del art. 96. Incluso cabe su presentación por aquéllos que, aún no figurando ni siquiera en la lista de excluidos, por no haber sido reconocidos, se consideran con derecho a integrar la masa pasiva de la entidad concursada, ya que la norma les permite no sólo impugnar la lista de acreedores (art. 96.3 LC), sino también formular observaciones a la propuesta anticipada de liquidación; si no como partes personadas, en todo caso, estarían legitimados, integrando en colectivo de “los demás interesados”.

⁵⁹⁶ La norma sólo permite expresamente formular observaciones. Aunque se refiere tanto a las partes personadas y otros interesados, llama la atención la imposibilidad para los acreedores de presentar también propuestas de modificación a la propuesta anticipada de liquidación del deudor, en línea con lo preceptuado para el plan de liquidación, presentado en la liquidación ordinaria por la administración concursal, ya que, aunque en las RLS tampoco los acreedores tienen posibilidad alguna de proposición, es bien cierto que no hay plan alguno en las mismas. HUALDE extiende la posibilidad de introducir propuestas de modificación también al resto de legitimados. Vid. HUALDE LÓPEZ, I., “La liquidación anticipada”, cit., p.366.

⁵⁹⁷ Las impugnaciones se sustanciarán por los trámites del incidente concursal. Resueltos los incidentes mediante sentencia firme, y dentro de los cinco días siguientes a su notificación se incorporará por la administración concursal las posibles modificaciones al informe y presentarán al juez los textos definitivos del inventario y la lista de acreedores quedando de manifiesto en la secretaría del juzgado. (art. 96.4 LC). Debemos hacer notar que el informe al que se refiere este artículo no parece que pueda ser el previsto en el

observaciones formuladas por acreedores y otros interesados a la propuesta anticipada de la deudora, así como –incluyendo también a la sociedad deudora- a las modificaciones presentadas por la administración concursal se elevarán al juez con el fin de que apruebe o rechace la propuesta de liquidación anticipada.

5.6.1.2.2 Con posterioridad a la presentación del informe al juez

Presentada por la sociedad deudora la solicitud-propuesta de liquidación anticipada en el plazo habilitado después de la presentación del informe, la administración concursal tiene diez días para, después de que el secretario judicial le dé traslado de la misma, proceder a su evaluación o proponer las modificaciones que tenga por conveniente. Habrá transcurrido un plazo que podría alcanzar los 25 días (más los que conlleve el traslado de la propuesta a la administración concursal), durante el cual habrá sido notificada a las partes personadas y resto de interesados la propuesta de liquidación anticipada de la deudora, así como el escrito de la administración concursal en el que se recoge su evaluación o la modificación de la propuesta. Las partes y demás interesados tendrán un plazo de diez días –desde su notificación y última publicación respectivamente- para formular observaciones no sólo a la propuesta de la deudora sino también a la evaluación o modificaciones que hubiera presentado el órgano de administración concursal, -previo análisis, además, del informe presentado al juez y la documentación complementaria que con anterioridad les fue notificada, y posiblemente también de las impugnaciones que habrán podido conocer, e incluso presentar, sobre el inventario y la lista de acreedores-.

art. 75, ya que en primer lugar el plazo para proceder a la impugnación del inventario y lista de acreedores comienza a contar a partir de la notificación del informe de la administración concursal. Es por tanto imposible que las modificaciones que pudieran haberse habilitado por sentencia firme a las impugnaciones presentadas, pudieran incluirse en un informe presentado antes de poder haberse incoado cualquier impugnación. Pero además, el plazo de tramitación del incidente concursal puede ser dilatado, sobre todo si hubiera que resolver el posible recurso de reposición (art. 197.3 LC), con posibilidad de reproducir la cuestión en la apelación más próxima (art. 98, es decir, la que resuelve la resolución judicial de finalización de la fase común) de tal forma que posiblemente la resolución judicial sobre el plan de liquidación se dicte por el juez del concurso antes que la Audiencia Provincial dicte sentencia sobre la apelación a la resolución sobre las impugnaciones presentadas.

De la sucesión cronológica de las distintas actuaciones cabe pensar que partes y resto de interesados están en mejores condiciones para formular observaciones a la propuesta anticipada, que las que hubieran podido plantear si dicha propuesta se hubiera presentado antes de evacuar el informe, no sólo por su conocimiento del inventario y de la evaluación realizada por la administración concursal, sino también de la aportación en sus observaciones a la propuesta, y del conocimiento de aquellas impugnaciones promovidas sobre los bienes y derechos incorporados o excluidos, que pudieran afectar de forma sustancial a la aprobación o rechazo judicial de la propuesta de liquidación .

5.6.2 Al plan de liquidación ordinaria

5.6.2.1 Consideraciones previas

Presentado en plazo el plan de liquidación al juez, el secretario judicial acordará que se ponga de manifiesto en la oficina judicial ⁵⁹⁸y en los lugares que designe, durante un periodo de quince días, anunciándose en la forma que estime conveniente. En el caso de los representantes de los trabajadores (art. 148.3LC) no se les fija plazo, sino que debe enviárseles el plan con la petición de que emitan informe, si lo estiman oportuno. Esta disparidad de criterio en cuanto al plazo y la forma de publicidad respecto a los demás posibles alegantes, radica en la introducción de las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados, con el fin de conseguir que los trabajadores tuvieran una participación más activa en el concurso. Podría haberse articulado en el apartado anterior, resultando más homogénea su inclusión y con mejores resultados en cuanto a su comprensión.⁵⁹⁹

⁵⁹⁸ La Ley 13/2009 de 3 de noviembre (art. 17.35) ha modificado el apartado 1 párrafo 2º del art. 148, sustituyendo al juez por el secretario judicial en la función de manifestar el plan y a la secretaría del juzgado por la oficina judicial como lugar de su manifestación, con vigencia desde el 4 de mayo de 2010.

⁵⁹⁹ Vid. VALPUESTA GASTAMINZA, E., “La flexibilización de la liquidación...”, cit., p. 991.

5.6.2.2 Observaciones o propuestas de la sociedad deudora: Función de los administradores cesados por la resolución judicial de apertura de liquidación

Una vez más echamos en falta la articulación de algunos preceptos de la Ley. Según El art. 145.3 la resolución judicial que abre la fase de liquidación contendrá la disolución de la persona jurídica y, en todo caso el **cese** de los administradores o liquidadores. Por otra parte, el número 2 del artículo 148 posibilita la actuación de la sociedad deudora para presentar observaciones y propuestas de modificación al plan de liquidación. El cese de los administradores si debe entenderse como extinción definitiva de todas sus facultades y derechos de representación, se compadece mal con la posibilidad habilitadora de actuación, contenida en el mencionado artículo⁶⁰⁰.

El cese⁶⁰¹ como la destitución (arts. 223 y 224 LSC -que derogan a los arts. 131 y 132 LSA y 68 LSRL- y 148 RRM) implican, por regla general, separación definitiva, cuando no se determina su alcance. La LSC -en caso de liquidación- aunque en su art. 374.1 dispone la extinción del poder de representación de los administradores, y de acuerdo con nuestra interpretación anteriormente enunciada⁶⁰² no parece contemplar la cesación definitiva de los administradores en todas las funciones, sino tan solo en las contenidas en los arts. 375, 379, y 383 a 387, además de las que tengan por finalidad velar por la integridad del patrimonio social. Para otras finalidades, los administradores podrían continuar ejerciendo el resto de facultades, al conservar la Sociedad disuelta, en periodo de liquidación, su personalidad jurídica. En base a esta interpretación, los administradores de la sociedad en liquidación concursal no cesan en todas las funciones de su cargo⁶⁰³. Por

⁶⁰⁰ Para BELTRÁN la legitimación del deudor se justifica por sí misma, a pesar de la suspensión del ejercicio de sus facultades patrimoniales, porque nadie mejor que él conocerá su propio patrimonio. Vid. BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, cit., pág. 2377.

⁶⁰¹ Vid. in extenso el apartado 4 del Capítulo V sobre el cese de los administradores y liquidadores en las sociedades de capital de carácter empresarial por la apertura de la liquidación.

⁶⁰² Vid. pp. 255-256.

⁶⁰³ Acorde con esta interpretación un auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid indica que el cese de los administradores no puede suponer la desaparición de su capacidad procesal, ya que la sociedad concursada tiene derecho a mantener en la fase de liquidación, no sólo su propia voz en el proceso, que no debe ser suplida ni silenciada, sino la representación procesal que tenía al inicio del proceso, con el fin de garantizar su defensa en el marco del concurso, incluidos los incidentes que se susciten en él. Vid. auto del Juzgado de

ello resulta razonable que puedan presentar observaciones y propuestas de modificación del plan de liquidación ordinaria, así como, a nuestro juicio, cabría también hacerlo ante las observaciones o propuestas de modificación que la administración concursal pueda presentar al plan de liquidación anticipada presentado por la propia deudora (si bien la norma –art. 142 bis. 1 último párrafo LC- sólo considera las observaciones de las partes personadas y resto de interesados a la propuesta anticipada de liquidación).

Los administradores de la sociedad deudora que hubieren presentado, junto con la solicitud, un plan de liquidación ordinaria, que podría haber servido como soporte del plan de los administradores concursales a la hora de su elaboración, si no se hubiera utilizado o su uso fuere parcial o incluso negativo –según criterio de la deudora-, tienen ahora la posibilidad de presentar su plan, bien sustituyendo al del órgano colegiado concursal, bien modificando o añadiendo aquellas cuestiones que, a su juicio, siendo perjudiciales para sus intereses, lo son también para los intereses del concurso. Si no hubieren presentado en el momento procesal oportuno su propio plan (la Ley no impone a la deudora su presentación, junto con la solicitud de liquidación, en momentos posteriores a la declaración del concurso, aunque no se lo prohíbe), e incluso aunque lo hubieran hecho, podrán elevar aquellas propuestas de modificación u observaciones que estimen van a contribuir a mejorar la operativa de enajenación de la empresa o de sus ramas de actividad, buscando la consecución del mayor precio posible para satisfacción de los acreedores, la mejor fórmula para conseguir el óptimo laboral o aportando posibilidades de venta. Bien es verdad que sus propuestas ni son vinculantes, ni tienen por qué condicionar ni a la administración concursal a la hora de informar al juez sobre las mismas, ni a éste a la hora de adoptar su resolución. Sin embargo, y si se consideran convenientes a los intereses del concurso, el juez, en todo o en parte, las tendrá en cuenta cuando las pretensiones de la deudora converjan con el propio interés del concurso.

5.6.2.3 Observaciones o propuestas de los acreedores

Abierta la fase de liquidación ordinaria, los acreedores concursales pasan, de tener un papel activo en la fase común de concurso y ciertamente preponderante en la fase de convenio, a convertirse –salvo excepciones- en meros espectadores del proceso de liquidación. No se necesita su consentimiento –ni el de la deudora- para la aprobación del plan de liquidación por el juez. La norma que regula las RLS ni los nombra –tampoco lo hace con la deudora- a la hora de informar al juez, antes de que dicte resolución sobre la conveniencia de enajenación de la empresa, de sus unidades productivas o de sus elementos; tampoco les da la posibilidad de intervenir sobre el procedimiento más adecuado para su enajenación; ni siquiera sobre la preferencia de las ofertas de compra presentadas.⁶⁰⁴ Sin embargo, el legislador les asigna, como a la entidad deudora, la posibilidad de influir en el juez mediante observaciones y propuestas de modificación del plan, que varíen aquellos aspectos considerados menos convenientes para sus intereses que, en definitiva, están íntimamente conectados a la consecución del mayor precio posible para la satisfacción de sus créditos. Nada indica la norma sobre el modo y manera de elaborar las propuestas, ni del número de éstas. Tan solo abre esta posibilidad a los acreedores concursales, (acreedores privilegiados, tanto con privilegio general como especial, ordinarios y subordinados),⁶⁰⁵ excluyendo implícitamente a los acreedores con créditos contra la masa (art. 84 y 154.1LC)⁶⁰⁶. Cabe, por tanto, presentar incluso un proyecto alternativo bien actuando por separado, formando grupos específicos e incluso facultando a una comisión para que elabore y presente sus observaciones o propuestas al plan.

⁶⁰⁴ Al hilo de lo expuesto, llama la atención el número de enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados a los preceptos que regulan el plan de liquidación y las Reglas Supletorias para dar entrada a los representantes de los trabajadores en la remodelación de dicho plan y de las Reglas Supletorias y tan pocas (ninguna) para equiparar la actuación de los acreedores (y de la deudora) a la de la representación laboral en las mencionadas Reglas.

⁶⁰⁵ Vid. BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, cit., p. 2377.

⁶⁰⁶ Se incluyen también los que hubieran adquirido su crédito por actos inter vivos después de la declaración de concurso (art. 122 LC; aunque no tienen derecho a voto en junta de acreedores, no por eso dejan de ser acreedores concursales)

La norma no excluye ninguna posibilidad, salvo aquellas que sean *contra lege*. En esta línea cabría considerar la propuesta de cesión de la empresa a los acreedores en pago de sus créditos, opción prohibida cuando se trata de propuesta de convenio. (art. 100.3LC)⁶⁰⁷. Esta propuesta podría ser factible cuando el número de acreedores sea reducido o, aunque sea considerable, cuando el mayor porcentaje de la deuda esté en manos de pocos acreedores, pudiendo resarcir en metálico de sus créditos al resto. Por supuesto, si no hubiera una gran mayoría de acreedores concursales aceptando dicha propuesta –o soluciones factibles para alcanzarla- no podría ser tomada en consideración por el juez, quedando, en todo caso, a su apreciación, admitirla o no.

Cualquier propuesta de los acreedores tendrá más opciones de ser asumida por el juez, total o parcialmente, si:

- a. se presenta por una mayoría cualificada de acreedores.
- b. Está en la línea de favorecer los intereses del concurso.
- c. Es informada favorablemente por la administración concursal.

Cabe añadir que los acreedores concursales tienen también en esta fase un valedor en el tercer miembro del órgano colegiado concursal quien, sin actuar *contra lege*, aportará visión empresarial –si es empresario individual o si el elegido por la persona jurídica la tiene- al ejercer su función.

Convendrá, además, tener en cuenta que, aunque las observaciones y propuestas de modificación del plan por los acreedores no son vinculantes para el juez, tienen importancia a la hora de interponer recurso de apelación contra el auto judicial que consideren perjudicial para sus intereses, ya que no cabrá su estimación si los acreedores

⁶⁰⁷ Consideramos que la *datio pro solvendo*, -con el fin de vender la empresa a terceros para resarcirse con su producto-, no tiene razón de ser en la operativa de la liquidación concursal, ya que es el propio órgano colegiado concursal, quien se encarga, al estar facultado para ello, de esta tarea. En contra del criterio expuesto sobre la *datio pro soluto*, vid. MORALEJO, N. ,”De las operaciones de liquidación”, cit., pág. 1592; UCEDA OJEDA, J., “Operaciones de liquidación”, cit., pp. 694-695.

no hubieran recogido expresamente en la enumeración de las observaciones y propuestas la petición en la que ahora fundamentan la apelación⁶⁰⁸.

Para concluir, consideramos que el papel de los acreedores resulta claramente recortado, por lo que respecta a la formulación del plan ya que, aunque su intervención en forma de propuesta (e incluso –entendemos– en su elaboración como colaboradores de la administración concursal, mediante agrupación o comisión de acreedores), puede ser importante, no tienen atribuida una función decisoria en su aprobación. Ni siquiera es esencial su intervención en el órgano colegiado, tripartito, de administración, ya que su representante estará en minoría a la hora de votar el plan para su presentación al juez.

5.6.2.4 Observaciones o propuestas de los representantes de los trabajadores

Como hemos indicado anteriormente, el legislador somete a informe de los representantes de los trabajadores las propuestas sobre el plan. Lógicamente, las propuestas u observaciones, en el caso que deseen formularlas, irán, generalmente dirigidas a evitar la venta por elementos, si así se hubiera propuesto en el plan, o incluso a demostrar la viabilidad de la empresa como unidad, si se ha planteado su enajenación por unidades económicas, centros de trabajo o ramas de actividad; por supuesto, también a plantear el óptimo laboral de la empresa desde su propia óptica. De todas formas, sean cuales fueren sus propuestas, el juez estimará o no las mismas en función de los intereses concursales.

⁶⁰⁸ Así lo recoge, como motivo de desestimación, el auto de la Audiencia Provincial de Asturias núm 65/2007 (Sección 1) de 26 de octubre 2007, recurso de apelación núm. 254/2007, JUR 2008/68781. Expone, en su Fundamento de Derecho tercero, que “al plantearse en esta alzada como segundo motivo del recurso la vulneración de los arts. 1205 Cc y 155.3 LC por lo que se refiere a la necesaria audiencia o consentimiento preciso del acreedor que permitiera la subrogación de otro deudor (se trataba de la subrogación en una operación de leasing mobiliario), se está incorporando una petición que no figuró en el escrito en el que se planteaban observaciones y propuestas de modificación, ya que lo que realmente pretendía era –y lo expresó con claridad– que no se aprobara dicho plan de liquidación. Pues bien, al no haberse recogido lo que en estos momentos se pretende en aquel escrito, la resolución entonces dictada atendió a lo que se había sostenido, la problemática de incluirse en la relación de bienes tres que no eran propiedad de la concursada, sin que pueda resolverse algo que se plantea por vez primera”.

5.6.2.5 Posible mesa de negociación con propuestas concertadas

Aunque el plazo de quince días para formular las observaciones o propuestas no deje mucho margen a la negociación sociedad deudora-acreedores-representantes de los trabajadores y más aún a lograr una propuesta consensuada, ésta podría ser una posibilidad de acercamiento de posturas, en principio, favorablemente acogida por el juez, siempre que la administración concursal participase en la reunión o diese a posteriori su aceptación. En esta mesa negociadora podrían, incluso, cristalizar en un acuerdo las consultas que pudieran haberse ya iniciado con anterioridad en torno al expediente colectivo laboral.

Si las posturas iniciales son en extremo encontradas -venta por elementos versus enajenación unitaria de la empresa; extinción total de los contratos de trabajo contra extinción parcial o suspensión temporal – no será fácil lograr conclusiones concertadas. Sin embargo, y puesto que el análisis de viabilidad de la empresa, elaborado por expertos independientes, incluye entre sus recomendaciones el óptimo laboral, si se aboga por la continuidad de la empresa o la de sus unidades económicas, y las partes confieren fiabilidad a la propuesta de los expertos, no sería descartable poder alcanzar unas conclusiones de base, comunes a todas las partes, que posibilitasen un informe favorable de la administración concursal (si no hubiera intervenido en la negociación) y una más fácil tarea para el juez a la hora de aprobar el plan en base a las modificaciones presentadas.

Por otra parte, y si los trámites del saneamiento colectivo laboral no estuvieran completamente sustanciados en el plazo de presentación de las propuestas, esta mesa de negociación podrá terminar su tarea después de una deseable aprobación provisional del plan de liquidación hasta resolver completamente el expediente, incluso con la intervención del potencial adquirente, si estuviera ya determinado en esa fase del proceso, logrando si fuera posible un acuerdo, el cual será aceptado por el juez mediante auto.

5.6.2.6 Informe de la administración concursal a las observaciones o propuestas formuladas

Diez días después de la recepción de las propuestas de modificación u observaciones al plan, los administradores concursales deberán informar sobre las mismas. Este informe, sin ser vinculante, es muy orientativo para el juez, ya que no olvidemos que el plan fue presentado por el mismo órgano que emite ahora su opinión, y si el informe fuera total o parcialmente favorable a su modificación, revestiría de considerable fuerza a las propuestas presentadas.

Por otra parte, ya hemos indicado con anterioridad la posición minoritaria en el órgano colegiado del representante de los acreedores, como tercer integrante del mismo, agravada, cuando se trata de persona jurídica concursada y el designado es un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil, sin una experiencia contrastada en la realidad empresarial, como directivo, consultor o especialista en *management*. Hándicap que se viene a añadir a su posición minoritaria, ya que las decisiones a la hora de aprobar el informe que se remitirá al juez se tomarán de forma colegiada y sólo le restará, en su caso, emitir informe en el que justifique las razones de su voto contrario a la decisión mayoritaria, aunque difícilmente tendrá peso específico ante el juez, salvo que la pertinencia de sus argumentos sea tal, que estén plenamente justificadas las razones de su negativa a la postura de la mayoría.

5.7 Aprobación judicial del plan de liquidación de la empresa⁶⁰⁹

5.7.1 De la propuesta anticipada de liquidación

El apartado 2 del art. 142 bis instruye al juez sobre los criterios en los que fundamentar su resolución para aprobar o rechazar la propuesta de liquidación anticipada hecha por la sociedad deudora⁶¹⁰. En primer lugar hay que señalar que el juez no está condicionado en su decisión ni por las propuestas de modificación que pudiera haber emitido la administración concursal⁶¹¹, ni por las observaciones de acreedores y demás partes personadas u otros interesados⁶¹². La norma claramente indica que adoptará su decisión “a la vista” de esas apreciaciones y no –como dispone el art. 148.2 LC sobre el

⁶⁰⁹ En contraposición al criterio de aprobación judicial del plan sancionado por la LC, en la Reforma Orgánica de la *legge fallimentare* italiana de 2006, corregida por el Decreto, nº 169/2007 (art. 104 ter), el Programa de liquidación –presentado por el curador (cargo equiparable a nuestra administración concursal)- lo aprueba el Comité de acreedores, autorizando el juez posteriormente la ejecución de las actuaciones conforme al Programa. El juez no aprueba el Programa. Autoriza su ejecución cuando las actuaciones se adecúan al contenido del mismo ejerciendo, además de un control de conformidad, un control de legalidad. Nótese el diverso peso específico que tienen los acreedores en ambos sistemas liquidativos concursales. Vid. AMBROSINI, S., La liquidazione dell’attivo, art. cit., pp. 634-637. FERRO, M., *La Legge Fallimentare...* o.c., p. 774. ESPOSITO, C., Il programma di liquidazione..., art. cit., pp. 1080-1092. FIMMANÓ, F., *Il Diritto Fallimentare*. o.c., pp.849-853.

La Ley de salvaguarda francesa de 2005, acentúa el criterio judicialista en la aprobación o rechazo del plan de cesión de la empresa (arts. L. 642-5 y 642-6), si bien el plan no es presentado por el liquidador, sino que la resolución del Tribunal se adopta directamente, seleccionando aquella oferta que garantice las mejores condiciones para el mantenimiento del empleo vinculado a la actividad cedida y el pago a los acreedores. Previamente debe solicitar dictamen al Ministerio Fiscal, así como oír o citar al deudor, liquidador -y al administrador si estuviera nombrado, así como al comité de empresa y a los controladores, si bien la decisión del Tribunal no está condicionada por sus observaciones o propuestas. Por otra parte, no puede imponer al ofertante otras obligaciones que las incluidas en su oferta, salvo la prohibición de disponer de todo o parte de los bienes cedidos, resolviendo aprobarla o rechazarla, si bien puede aprobar varios planes de cesión. Vid. PEROCHON, F.-BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté...*, o.c., p. 408. GUERNELLI, M., “La reforma...”, art. cit., p.282. PEROCHON, F., “El nuevo Derecho francés...”, art. cit., p. 95.

⁶¹⁰ Existen dudas sobre si el juez puede estar obligado necesariamente a aceptar la petición de apertura de liquidación –sin perjuicio de que se apruebe o no la propuesta- o si puede rechazarla. En el nuevo precepto (art. 142 bis) nada se indica al respecto. El posible rechazo por razones no procesales por ejemplo, presentación fuera de plazo- debería ir respaldado por el informe de la administración concursal, con advertencias de los riesgos que supone anticipar la liquidación y de los efectos que pudiera tener en el concurso. Vid FERNÁNDEZ SEIJO, J.Mª, “Notas sobre la liquidación anticipada”, art. cit., p. 260.

⁶¹¹ Tampoco su evaluación de la propuesta condiciona la decisión judicial, ya que, así como en la propuesta anticipada de convenio, la evaluación desfavorable emitida por la administración concursal puede llevar al juez a dejar sin efecto la admisión a trámite de la propuesta (art. 107.2 LC), en la anticipada de liquidación, al no existir admisión a trámite, tan solo constituye un factor adicional a tener en cuenta por el juez a la hora de adoptar su resolución.

⁶¹² La ausencia de observaciones o propuestas de modificación del plan no trae consigo la obligación n del órgano judicial de declarar su aprobación, a diferencia de lo dispuesto en la liquidación “ordinaria”. HUALDE LÓPEZ, I., “La liquidación anticpada”, o.c., p. 367.

plan presentado por la administración concursal para la liquidación ordinaria- “en función” de las observaciones y propuestas formuladas.

Para algún autor, el juez no podría introducir modificaciones salvo cuando existan observaciones o propuestas de modificación en las que apoyarse⁶¹³. Aunque este criterio puede ser válido para el plan de liquidación ordinaria pensamos que no cabe aplicarse en la anticipada, ya que la propia norma le habilita otros instrumentos de decisión, como son las RLS y los intereses del concurso.⁶¹⁴

Al juez se le indica que, además de analizar las posibles observaciones y propuestas de modificación, deberá resolver “teniendo en cuenta” lo dispuesto en el art. 149 (es decir en las RLS). Tampoco aquí se recogen los términos imperativos del art. 148 que imponen al juez –en caso de no aprobación del plan de liquidación- “acordar la liquidación conforme a las RLS”, o como se dispone en el art. 149.1: en tal caso “las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas”.

Pero el juez no sólo tendrá en cuenta lo dispuesto en las RLS, sino también, y de forma inseparable, “los intereses del concurso”.

¿Qué principios inspiran las RLS? En primer lugar la enajenación global de la empresa, salvo que el juez estime “más conveniente para los intereses del concurso” su previa división o la realización aislada de todos o parte de sus componentes. Además dispone la enajenación, en su caso, de la empresa o ramas de actividad mediante subasta o por enajenación directa si quedare desierta. En cualquiera de sus modalidades se fijará un plazo para presentar ofertas de compra, fijándose como criterios de elección de la mejor oferta aquella que dé garantía de continuidad de la empresa o de sus ramas de actividad, de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores.

⁶¹³ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.-LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La liquidación anticipada”, en o.c., pp. 160-161.

⁶¹⁴ Vid. en esta línea FERNÁNDEZ SEJO J., M^a, “Notas sobre la liquidación anticipada”, art. cit., p. 260.

¿Y cuáles son los intereses del concurso? La finalidad esencial del concurso, expresamente manifestada en la Exposición de Motivos de la LC (II, párrafo cuarto) es “la satisfacción de los acreedores”, que puede alcanzarse con la flexibilidad que la Ley dota al concurso, al permitir adecuarse a diversas situaciones. Finalidad ratificada en su epígrafe VII, párrafo quinta cuando recoge la posible “enajenación como un todo” de la empresa “salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus componentes”. Solución esta última, -la enajenación de sus componentes de forma aislada-, obviamente, para satisfacción de los acreedores. En un plano similar, aunque supeditada a su viabilidad, se recoge también como finalidad la conservación de la actividad empresarial del concurso, como expresamente se indica en el párrafo séptimo, epígrafe VII de la Exposición de Motivos, que si bien se orienta hacia el convenio –“puede cumplirse (esta finalidad) a través de un convenio- no por ello deja de aplicarse también a la liquidación, ya que en el mencionado texto de motivos (epígrafe VII párrafo quinto), se expone que “la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes y servicios, integrados en la masa, mediante su integración como un todo (finalidad recogida en el art. 148.1 y en la regla supletoria 1ª del art. 149). En resumen, la satisfacción de los acreedores y en segundo lugar la continuidad en la actividad de la empresa, -salvo que la satisfacción de los acreedores se consiga de forma más eficiente con la venta de elementos separados y supeditada además a su viabilidad- son las finalidades básicas del concurso.

La continuidad de los puestos de trabajo no parece ser finalidad básica del concurso. Es importante cuando se trata de vender la empresa como un todo o por ramas de actividad (así se recoge en la regla supletoria 3ª), pero no se impone como condición sine qua non a los oferentes en la adquisición de la empresa, sino que se le otorga un carácter de preferencia; y no a la conservación de la totalidad de los puestos de trabajo, sino de aquéllos que hagan viable la continuidad en la actividad de empresa.

El juez, retomando lo dispuesto en la norma sobre liquidación anticipada, debe tener en cuenta en la resolución de la propuesta, las RLS, atemperadas con los intereses del

concurso, sin perder nunca de vista la satisfacción de los acreedores⁶¹⁵, si para ello considera más conveniente dejar de lado la enajenación global de la empresa vendiendo por separado sus componentes. Así mismo, y en caso de venta global de la empresa, aunque sea la subasta el procedimiento dispuesto en las RLS, los intereses del concurso pueden llevar al juez a la consideración de sustituir ese procedimiento por el de adjudicación directa, mediante ofertas de compra en las que la continuidad de la actividad sea el requisito principal de adjudicación, -partiendo de un precio mínimo de licitación- siempre que la propia sociedad deudora en su plan, o, en su caso, en la evaluación hecha por la administración concursal, se demuestre la viabilidad de la empresa. Si fuera inviable, será el precio el factor resolutorio para su adjudicación.

En definitiva, el contenido de las RLS se aplicará en sus términos siempre que los intereses del concurso no conduzcan al juez a resolver de manera distinta a lo allí preceptuado.

5.7.1.1 Aprobación del plan anticipado de liquidación

El auto motivado por el que el juez, en su caso, resuelve la aprobación del plan de liquidación anticipado propuesto o modificado, de acuerdo con sus apreciaciones, acordará además, la apertura de la fase de liquidación, produciéndose los efectos recogidos en los arts. 145 a 147 LC, referentes a:

- a. la situación de la entidad concursada (suspensión del ejercicio –si no lo estuviera- de sus facultades de administración y disposición de su patrimonio), declaración de disolución de la persona jurídica, si no estuviera acordada y el cese de los administradores o liquidadores (véase lo expuesto sobre el particular el Capítulo V.4 de este trabajo) y su sustitución por la administración concursal.

⁶¹⁵ Para GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ-LÓPEZ SÁNCHEZ “si la anticipación responde al interés de los acreedores en evitar la depreciación de la masa activa, éste debería ser el principal elemento que el juez valorase a la hora de determinar si procede tal anticipación o no”; GARCÍA-CRUCES GONZALEZ, J.A.LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La liquidación anticipada”, en o.c., p. 157.

- b. los créditos concursales: Suspensión del devengo de intereses, salvo los correspondientes a créditos con garantía real. Interrupción de la prescripción. Prohibición de la compensación.
- c. efectos generales, por remisión a las nomas contenidas en el Título III LC, que no se opongan a lo dispuesto en el Capítulo II sobre la fase de liquidación.

Conviene resaltar aquí otra de las diferencias existentes con la resolución en fase de liquidación ordinaria. En la anticipada, el juez, aprueba o rechaza el plan de liquidación y en el mismo auto acuerda, en caso de aprobación, la apertura de la fase de liquidación, con los efectos trascritos⁶¹⁶. Sin embargo en la liquidación ordinaria se produce en primer lugar su apertura y, posteriormente, una vez presentado el plan de liquidación por la administración concursal –mediante un nuevo auto- lo aprueba o acuerda la liquidación conforme a las RLS, sin que, a tenor literal de la norma, tenga la alternativa de rechazar el plan. De esta forma, en la liquidación anticipada, se agiliza el procedimiento, reduciendo gastos, sin que las partes, ni quien resulte interesado en el concurso, pierdan garantías respecto a las impugnaciones o recursos que deseen interponer.

5.7.1.2 Ineficacia ex officio de las propuestas de convenio admitidas a trámite

La norma reguladora de la liquidación anticipada viene a trastocar el principio recogido en el art. 114.2 LC, por el cual, una vez admitidas a trámite, las propuestas de convenio –seguramente aplicable también a las anticipadas⁶¹⁷- no podrán revocarse ni modificarse. El precepto reza así: “El auto que apruebe el plan de liquidación acordará la

⁶¹⁶ Para algún autor el redactado del apartado 2 del art. 142 bis “parece ambiguo respecto de si el juez acepta o rechaza la petición de liquidación o si ese pronunciamiento es en todo caso de apertura de la liquidación y aceptación o rechazo de la propuesta de liquidación”. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M^a, “Notas sobre la liquidación anticipada”, art. cit., p. 263.

⁶¹⁷ ROJO, apoyándose en el art. 6.2 del Cc, indica que los derechos son renunciabiles, salvo que la renuncia contraría el interés y el orden público o perjudique a tercero o salvo prohibición legal. La ley prohíbe expresamente la modificación o revocación de las propuestas ordinarias de convenio y no existen argumentos suficientes para defender una solución contraria respecto a la propuesta anticipada. En realidad existe una identidad de razón entre ambos supuestos que justifican plenamente la aplicación analógica de la norma prohibitiva (art. 4.1 Cc). Vid. ROJO, A., “Admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Thomson-Civitas, Madrid 2004, p. 1966.

apertura de la fase de liquidación... y se dejarán sin efecto las propuestas de convenio que hubieran sido admitidas” (art. 142 bis, 2, párrafo primero, in fine LC).

La interpretación literal parece no admitir dudas: las propuestas de convenio admitidas a trámite, cualquier propuesta, tanto las presentadas por los acreedores o por el deudor, bien sean propuestas ordinarias (art. 114 LC) o anticipadas (art. 106 LC) quedarán sin efecto por prescripción legal, primando la propuesta de liquidación anticipada –una vez aprobada por resolución judicial firme– sobre cualquier propuesta de convenio admitida a trámite, las cuales hasta ese momento procesal estaban imposibilitadas de revocación o modificación.

La entidad concursada, con anterioridad al precepto analizado, quedaba inhabilitada para presentar cualquier propuesta de liquidación cuando su propuesta anticipada u ordinaria de convenio fuera admitida a trámite⁶¹⁸; y no sólo en el supuesto de su admisión; también se le impedía proponer la liquidación por la sola presentación de una propuesta ordinaria de convenio o anticipada en tramitación, así como cuando hubiera mantenido una propuesta anticipada no aprobada (art. 142. 1. 2º y 3º LC). Así pues, salvo revocación de su propuesta antes de ser admitida a trámite, la entidad concursada no podía solicitar la liquidación, constante cualquiera de sus propuestas de convenio.

El art. 142 bis excepciona la norma general que prohíbe solicitar la liquidación en los supuestos expresados. No deja sin efecto las propuestas de convenio –ordinaria o anticipada– de la deudora, ya que no puede conocerse cual será el resultado de la resolución judicial (de aprobación o rechazo de la propuesta). Sin embargo, levanta la prohibición de solicitar la liquidación anticipada, constante propuesta ordinaria o anticipada de convenio, admitida a trámite, cuando le permite a la entidad deudora proponerla, incluso hasta quince días después de haberse presentado al juez por la

⁶¹⁸ La propuesta de convenio anticipada, no aprobada, mantenida por la entidad concursada, quedaba implícitamente admitida a trámite al no solicitar en plazo la liquidación. Consideramos que este aserto queda probado al no poder formular la concursada propuesta ordinaria de convenio si hubiera presentado una anticipada (art. 113.1 LC) y puesto que la propuesta presentada por la concursada es objeto de deliberación y votación en primer lugar en la junta de acreedores (art. 121. 2 LC), ésta no puede ser otra que la anticipada mantenida.

administración concursal el preceptivo informe en el que se recogen, entre otros aspectos, detallados en el art. 75 LC, el inventario y la lista de acreedores. Los convenios, ya admitidos a trámite quedan en situación de interinidad: recuperarán toda su virtualidad si la propuesta de liquidación anticipada deviene judicialmente rechazada o bien serán dejados sin efecto, ex officio, si fuera aprobada.

¿Y si la propuesta de convenio anticipada –antes o después de ser admitida a trámite– tuviere adhesiones que superasen la mayoría legal necesaria para la aceptación del convenio, no revocadas por la deudora cuando se hubiera presentado en plazo la propuesta de liquidación anticipada? Aunque existen dudas en la doctrina sobre su revocación cuando tal propuesta no hubiera sido todavía admitida a trámite⁶¹⁹, parece existir consenso en cuanto a su irrevocabilidad una vez admitida.

¿Alcanza la ineficacia de las propuestas de convenio admitidas a trámite, por resolución favorable de la propuesta anticipada de liquidación, a las anticipadas con adhesiones mayoritarias? En mi opinión, si las adhesiones fueran irrevocables, no cabría dejar sin efecto la propuesta de convenio anticipada, ya que el juez tan solo se limitaría a proclamar el resultado cuando el secretario judicial haya verificado si las adhesiones alcanzan la mayoría legalmente exigida (art. 109.1 LC), quedando aprobado judicialmente el convenio, si no se hubiese formulado oposición. Sin embargo, las adhesiones de los acreedores pueden revocarse, en plazo –dentro de los cinco días siguientes a la manifestación del texto definitivo de la lista de acreedores en la secretaría del juzgado–, si en la redacción definitiva de la lista de acreedores –puesta de manifiesto en la secretaría del juzgado– se ha modificado la cuantía o clasificación de sus créditos (art. 108.2 LC)⁶²⁰. Esta posible revocación, hecha con posterioridad al plazo máximo de

⁶¹⁹ Vid. DÍAZ MORENO, A., “La articulación...”, art. cit., pp. 25-26, nota 35.

⁶²⁰ Los acreedores habrán podido formular observaciones a la propuesta anticipada de liquidación, en plazo de diez días desde su notificación, de acuerdo con lo establecido en el art. 96.1 LC, cuando constaten la existencia de una mayoría de adhesiones, todavía no revocadas. Si el juez, a pesar de las observaciones formuladas, no rechazase el plan de liquidación y procediese a su aprobación, podrán los acreedores, cuando se consideren perjudicados, interponer recurso de apelación contra la resolución judicial (art. 98 LC), la cual, a mi juicio, tendrá posibilidades de prosperar, siempre y cuando no se hubieran revocado las adhesiones necesarias para alcanzar la mayoría legal por haberse puesto ya de manifiesto el texto definitivo de la lista de acreedores en la secretaría del juzgado (en la oficina judicial, a partir del 4 de mayo de 2009, fecha de

presentación por la entidad concursada de su propuesta de liquidación anticipada (quince días de presentado el informe por la administración concursal), y antes de que el juez dicte su resolución sobre la propuesta, no parece plantear problemas, ya que el juez verificará previamente si, por causa de las revocaciones, existe o no una mayoría legal de adhesiones sobre la propuesta anticipada de convenio, rechazando la propuesta de liquidación y aprobando, por el contrario la anticipada de convenio. Sin embargo, en ocasiones, podría suceder que la resolución a adoptar por el juez sobre la propuesta de liquidación se llevase a efecto antes de la manifestación del texto definitivo de la lista de acreedores, al no haberse producido todavía sentencia firme sobre las impugnaciones que sobre ella se hubieran presentado. Y ello porque que las partes y otros interesados pueden impugnar la lista de acreedores incorporada al informe, en el plazo de diez días después de su notificación o publicación (art. 96 LC); impugnación, -tramitada a través de incidente concursal- cuya última sentencia resolutoria comportaría la posible incorporación de modificaciones en la lista definitiva de acreedores, en plazo posterior a partir del cual los acreedores adheridos a la propuesta anticipada de convenio podrían revocar su adhesión. Por ello, no se podría conocer si definitivamente la propuesta anticipada de convenio hubiese resultado aprobada sino incluso hasta después de haberse resuelto por el juez, mediante auto, el plan de liquidación, auto contra el que, de resultar aprobado, -con toda probabilidad- se interpondría recurso de apelación por aquellos acreedores que se considerasen afectados.

De todas formas, si la concursada, a pesar de haberse admitido a trámite su propuesta anticipada de convenio, refrendada por una mayoría de adhesiones de acreedores, considera más conveniente a sus intereses la liquidación de su patrimonio, podría presentar propuesta de liquidación anticipada cuando estimase factible que con la posible revocación de una parte de las adhesiones no se alcanzará el umbral mínimo de mayoría legal para resultar aprobada su propuesta anticipada de convenio, ya que la posibilidad de presentar su propia propuesta de liquidación, en vez de ajustarse a la que pudiera llevarse a cabo por

entrada en vigor de la Ley 13/2009) o bien se estuviera pendiente de resolver en firme las impugnaciones que se hubieran presentado sobre la lista de acreedores, sin posibilidad, hasta su resolución, de revocar las adhesiones y conocer definitivamente la existencia o no de su mayoría legal .

la administración concursal, en caso de apertura de liquidación ordinaria, comportará para la entidad concursada una posición más favorable, al ser su propio plan el que va a ser evaluado y judicialmente resuelto.

En resumen, en el supuesto analizado, considero que el precepto habilita a la concursada a presentar propuesta de liquidación anticipada, aunque se hubiera admitido a trámite una anticipada de convenio con adhesiones que, en principio, significasen una mayoría legal, si bien la aprobación judicial de la anticipada de liquidación se vería condicionada por aquellas adhesiones que, aún revocadas en parte después de ser resueltas las impugnaciones en procedimientos de incidentes concursales, el juez verificase que las definitivamente válidas alcanzan la mayoría legalmente exigida para aprobarse la propuesta anticipada de convenio (art. 109.1 LC), rechazando en tal caso la propuesta de liquidación anticipada. La eventual aprobación judicial de la propuesta de liquidación anticipada daría argumentos a los acreedores perjudicados para presentar recurso de apelación que se sustanciará ante la Audiencia Provincial, sin que contra su resolución pueda presentarse recurso alguno.

5.7.1.3 Aprobación o rechazo de la propuesta anticipada de liquidación sin la manifestación de los textos definitivos del inventario y lista de acreedores

Es muy posible que la resolución por la que se apruebe el plan de liquidación, se adopte por el juez con anterioridad a la firmeza de la sentencia resolutoria de las impugnaciones que sobre el inventario y la lista de acreedores puedan haberse producido tanto por la entidad concursada como por acreedores u otros interesados. Pero aunque los incidentes concursales sobre tales impugnaciones se plantean durante la tramitación de la liquidación anticipada, no es menos cierto que se producen en la fase común del concurso (art. 96. 1 LC). Por ello, cabe pensar que ocurren durante la fase común, en lugar de incardinarlas en la fase de liquidación⁶²¹; por ello, la nueva redacción del art. 98 LC

⁶²¹ Solución factible, ya que la solicitud-propuesta anticipada de liquidación se efectúa en plena fase común y su rechazo no produce automáticamente la apertura de la fase de liquidación, sino, a nuestro juicio, la fase de convenio.

permitiría que las impugnaciones se resuelvan en firme –a tenor de lo dispuesto en el art. 197. 4 LC- al mismo tiempo que el posible recurso de apelación sobre la resolución judicial que hubiera aprobado o rechazado el plan; de esta forma devendrían textos definitivos tanto el inventario como la lista de acreedores –quedando de manifiesto en la secretaría del juzgado-, al mismo tiempo que adquiriese firmeza la aprobación o rechazo del plan.

En el caso de no ser aceptable esta interpretación, el juez podría demorar su resolución –si fuera favorable a su aprobación-, por lo menos hasta conocer la existencia o no de impugnaciones al inventario y lista de acreedores y, en su caso, adoptar las medidas cautelares necesarias –sobre todo en lo referente a impugnaciones sobre elementos imprescindibles para la actividad de la empresa, si su enajenación fuese como un todo o por ramas de actividad- con el fin de no perjudicar su venta, o bien dictar su resolución, condicionando la venta en globo a la firmeza de la sentencia recaída sobre elementos vitales para la continuidad de la actividad de la empresa o sus unidades autónomas.

Si resultare aprobado en firme el plan de liquidación anticipada mediante sentencia dictada por la Audiencia Provincial, se cierra la vía de convenio, ya que en la misma resolución se aprobará la apertura de la fase de liquidación, con los efectos ya detallados a la vez que deja sin efecto las propuestas de convenio admitidas (art. 142 bis. 2 LC).

Sin embargo, si el juez rechazase la propuesta anticipada de liquidación el concursado podrá todavía presentar propuesta de convenio, una vez abierta la fase correspondiente o, si lo desea, solicitar la liquidación ordinaria mediante la que, de nuevo se cierra la vía de convenio, ya que está en su derecho hasta los quince días siguientes a la terminación del plazo de impugnaciones, en caso de no haberse presentado ninguna o, de haberse hecho, desde la manifestación de los textos definitivos del inventario y la lista de acreedores (art. 142. 2 LC).

El juez puede rechazar la propuesta de liquidación anticipada, no sólo si se vulneran normas de carácter imperativo, sino también si, a su juicio y aún con el parecer favorable de la administración concursal, el contenido de la misma no favorece los intereses del concurso, como por ejemplo la venta de la empresa por elementos en lugar de enajenarla como un todo, si los acreedores salieran perjudicados con el planteamiento de la entidad deudora y, al revés, puede rechazar la liquidación planteada como venta unitaria si considera que la venta por elementos favorece en mayor medida los intereses de los acreedores ⁶²².

En mi opinión el rechazo del juez a la solicitud-propuesta de liquidación anticipada no habilita en sí mismo la apertura de la fase de liquidación. El art. 142 bis no establece que en caso de rechazo del plan de liquidación anticipada deba procederse a la automática aplicación de las RLS, como se trata de argumentar por algunos autores, siempre que se pudiera desvincular la apertura de la liquidación de la aprobación del plan de liquidación, entendiendo que de esta manera se atenderá la voluntad de la deudora al solicitar la anticipación y a los intereses de los acreedores que podrán evitar la devaluación de la masa activa ⁶²³. Existen varias razones que abogan a excluir la automática apertura de la fase liquidatoria. En primer lugar, la literalidad de la norma, la cual al rechazar el programa de liquidación no deja posibilidad a la interpretación de aprobar la apertura de la liquidación. Además, y a sensu contrario, al no aprobar el plan y la apertura de liquidación recobran toda su virtualidad las propuestas de convenio admitidas a trámite. En consecuencia, sería un contrasentido no dejar que continúe su tramitación, una vez sean definitivos los textos del inventario y lista de acreedores. –siempre que la sociedad deudora no solicite antes la liquidación ordinaria- ⁶²⁴. De aceptarse esta interpretación, el juez dictaría auto

⁶²² Vid GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A-LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La liquidación anticipada”, en o.c., p. 161.

⁶²³ Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A-LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La liquidación anticipada”, en o.c., pp. 158-159.

⁶²⁴ La propuesta anticipada de convenio admitida a trámite, si hubiere contado con anterioridad una mayoría de adhesiones y aunque algunos acreedores pudieran revocar su adhesión, una vez manifestado el texto definitivo de la lista de acreedores, por las modificaciones en la clase o cuantía del crédito, (art. 109. 2 LC) el resto de adheridos alcanza la mayoría exigida, seguiría su trámite hasta alcanzar –cinco días después de finalizado el plazo de revocación de adhesiones- la aprobación judicial del convenio, en el caso que el juez hubiera rechazado la solicitud-propuesta de liquidación anticipada (arts. 109.2 y 124 párrafo 1º LC)

poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de convenio (art. 111.1 LC) hasta su finalización –en Junta de acreedores o mediante tramitación escrita- mediante la aceptación de alguna de las propuestas y su aprobación judicial . Si no se aceptase ninguna propuesta de convenio, el juez procedería de oficio a la apertura de la fase de liquidación ordinaria (art. 143.1.2º LC). De rechazarse lo que proponemos, se privaría a la deudora, y a los acreedores, de la posible aprobación de un convenio, previamente consensuado. Quizá con otras premisas que las analizadas antes de presentar la deudora su propuesta de liquidación anticipada –caso de haberla solicitado después de tratar, sin avenencia, de conseguir una solución pactada-. La sociedad deudora será consciente que, de no aprobarse, en esta fase, un convenio, la apertura de la liquidación ordinaria, por voluntad del deudor o de oficio por inexistencia de un convenio, será un hecho incontrovertible, que terminará con un plan de liquidación, esta vez sin que la deudora intervenga prácticamente o, en su caso, en la liquidación a través de las RLS.

Cabría concluir indicando que si bien hay que resaltar positivamente la celeridad con que se ha sustanciado el procedimiento de liquidación anticipada hasta alcanzar una posible aprobación del plan de liquidación y la apertura de la fase liquidativa, consideramos que se ha abierto un portillo a la inseguridad jurídica al poder dictarse la resolución judicial aprobatoria del plan antes de conocerse de manera definitiva el inventario. Algunas normativas concursales -Italia, Portugal- proceden a llevar a cabo el plan de liquidación sin tener la lista de acreedores definitiva, pero no el inventario, o por lo menos incorporando medidas cautelares suficientes para evitar la venta de bienes que finalmente se demostrase eran de titularidad ajena⁶²⁵ . Deberá ser la interpretación jurisprudencial la que –mientras no se regule de manera más adecuada este aspecto- oriente la enajenación de la empresa, en la que se integren bienes y derechos litigiosos u objeto de impugnación, sobre todo si son esenciales para su actividad, de tal manera que la venta del conjunto o de unidades económicas autónomas no se vea afectada de nulidad por esta circunstancia. De todos modos, cabría considerar la posibilidad de someter a

⁶²⁵ Según el art. 160 del Código de Insolvencia y Recuperación de Empresas portugués de 2004 no puede procederse a la liquidación de bienes pendientes de reivindicación o solicitada su separación de la masa activa, salvo que el interesado en ellos dé su consentimiento o el adquirente acepte ser de su cuenta el resultado del litigio, una vez advertido de la controversia sobre su titularidad.

condición suspensiva la venta de esos activos litigiosos, a resultas de la resolución que recaiga sobre los mismos o bien que el eventual adquirente aporte garantías suficientes que cubran el resultado adverso del litigio.

5.7.2 Del plan de liquidación ordinaria

5.7.2.1 in formulación de observaciones o propuestas de modificación⁶²⁶. Posibilidad de rechazo judicial del plan

Si bien la letra del precepto es clara -si no se hubieran formulado observaciones o propuestas “el juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan”, ateniéndose a él las operaciones de liquidación- puede ser discutible una interpretación terminante⁶²⁷ cuando se hayan incluido en el plan operaciones que la Ley prohíbe llevar a cabo, como, por ejemplo, pretender vender la empresa a los administradores concursales, mediante persona interpuesta.

Al juez no le habilita expresamente la Ley para rechazar de oficio el plan de liquidación, si apreciare infracción de las normas concursales sobre su contenido, como lo

⁶²⁶ En recurso de apelación planteado por la AEAT ante la Audiencia Provincial de Lleida para obtener la anulación de la inclusión dentro del plan liquidativo de la facultad de la administración concursal para requerirle de una devolución por IVA, por considerar que tan solo debe facultarle para formular ante la AEAT solicitud para que ésta dicte resolución sobre la procedencia o no de la devolución, recoge, en el segundo de sus Fundamentos de Derecho, que no cabe acoger la tesis de la impugnante ya que “se trata de una cuestión planteada *ex novo* en esta segunda instancia y, como tal, resulta inadmisibile en esta alzada, puesto que en primera instancia, al evacuar el traslado conferido a tenor de lo previsto en el art. 148-1 de la Ley Concursal, “no solicitó del juzgador de instancia pronunciamiento alguno al respecto”, limitándose a solicitar la suspensión de la solicitud de devolución a la AEAT por el concepto de devolución por IVA a que se refiere el plan de liquidación”. Auto de la Audiencia Provincial de Lleida núm. 154/2006 (Sección 2), de 9 noviembre 2006, recurso de apelación núm. 279/2006. AC 2007/457. Esa solicitud de pronunciamiento tenía su encaje dentro del capítulo de observaciones y propuestas del art. 148.2 LC; considero que, de haberlo hecho, se hubiera entrado en la consideración del fondo de la propuesta por parte del Tribunal de apelación, puesto que el recurso se hubiera ajustado a norma (art. 148.2 in fine).

⁶²⁷ BELTRÁN opina, sin embargo, que el Juez no puede de oficio, en este caso, rechazar el Plan ni modificarlo. Argumenta su postura en la aceptación implícita de las partes legitimadas al Plan, pues tuvieron en sus manos la posibilidad de proponer modificarlo y no lo hicieron; en evitar dilaciones innecesarias al comienzo de las operaciones de liquidación y, finalmente, al recurso de reposición que cabría interponer sobre el auto judicial que rechazase el plan y no de apelación, que se interpondría contra el auto que apruebe o deniegue el Plan de liquidación. BELTRÁN, E., “Plan de liquidación”, cit., p. 2378.

hace al referirse al convenio (art. 131.1LC). Sin embargo, consideramos⁶²⁸ que el juez no está obligado a aprobar un plan que vulnere normas de tipo imperativo; deberá rechazarlo y acordar que siga la liquidación mediante la aplicación de las Reglas Legales Supletorias⁶²⁹. De todas formas, será el propio Juez quien dictamine cuando se han conculcado las normas imperativas. Por ejemplo, la cesión de la empresa a los acreedores en pago de sus deudas podría ser rechazable si conculca la *par conditio creditorum* o no se demuestra fehacientemente que, aceptada por la mayoría de acreedores, no va a haber inconveniente en que el resto lo haga en breve plazo.

De acuerdo con el art. 197.3LC, contra el auto declarando aprobado el plan, sin formulación de propuestas, sólo cabe recurso de reposición, sin que sea posible interponer ulterior recurso, aunque se puede reproducir la cuestión en la apelación más próxima, siempre que se hubiera formulado protesta en plazo (art. 197.4).

5.7.2.2 Decisión judicial en función de las observaciones o propuestas formuladas. Posible modificación del plan de liquidación

Recibido el informe de la administración concursal sobre las mismas el juez podrá:

- a. rechazar todas las propuestas y observaciones presentadas, aprobando el plan inicial presentado por el órgano colegiado concursal⁶³⁰.

⁶²⁸ Vid. en este sentido UCEDA, J. "Operaciones de liquidación", cit., p. 695. BLASCO GASCÓ, F., "De las operaciones de liquidación", en SAGRERA TIZÓN, J. M., SALA REIXACHS, A. FERRER BARRIENDOS, A., *Comentarios a la Ley Concursal*, T. II, Bosch, Barcelona 2004, p. 1549. Este autor considera igualmente que el Juez deberá controlar la legalidad del Plan, así como su adecuación a los criterios que determina la propia LC.

⁶²⁹ Ante la cuestión planteada sobre la posibilidad de introducir modificaciones por el juez del concurso a una propuesta de plan de liquidación sin que se formulen observaciones, los Jueces especialistas en asuntos de lo Mercantil consideran que aunque "del tenor literal del art. 148.2 LC se desprende que, en ausencia de observaciones realizadas a la propuesta de Plan de liquidación, la aprobación de la misma por el Juez resulta forzosa y automática. Pese a ello, parece que debe admitirse cuando menos un control de pura legalidad sobre la propuesta formulada, tanto en las formas de realización del activo como en las previsiones de pago a los acreedores". IV Congreso de Jueces especializados en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil, 4ª conclusión. En RcP, nº 9/2008, Documentos, La Ley, p. 407

⁶³⁰ El juez no precisa el consentimiento de la entidad deudora, de los acreedores o los trabajadores para proceder a la aprobación del plan de liquidación. Vid. Auto Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) de 10 de enero 2007, (Recurso de apelación núm. 381/2006), ADC 2008, p. 400.

- b. Modificar el plan “en función”⁶³¹ de las propuestas presentadas, introduciendo aquellas variaciones que, a su juicio, sean convenientes a los intereses del concurso.
- c. Acordar la liquidación mediante la puesta en práctica de las Reglas Legales Supletorias.
- d. Aprobar el plan, teniendo o no en cuenta las modificaciones propuestas, pero incorporando las Reglas Supletorias que colmen las lagunas que el juez haya podido apreciar (por ejemplo, la no subrogación del adquirente de la empresa en los salarios e indemnizaciones asumidos por el FOGASA; la enajenación directa, si hubiera un adquirente dispuesto a pagar un precio superior al incluido como indicativo en el propio plan y se recogiese la enajenación sólo mediante subasta, etc.)⁶³².

Como anteriormente indicamos, una posible mesa de negociación entre deudora-acreedores-representantes trabajadores, podría, en muchas ocasiones, facilitar la tarea del juez, en la adopción de las propuestas unitarias que pudieran emitir como conclusiones, máxime si el órgano colegiado concursal las considera favorables.

⁶³¹ BELTRÁN hace notar que la norma no contempla introducir las modificaciones propuestas, sino que el Juez puede incorporar aquellos cambios en el Plan –de supresión, de ampliación, de modificación) –que estén en función de aquellas, utilizando más un término económico-empresarial que propiamente jurídico. BELTRAN, E., “Plan de liquidación”, cit., p. 2379. Así lo estima también el IV Congreso de Jueces especialistas en asuntos de lo Mercantil cuando afirma que “el propio art. 148.2 LC apunta que el auto aprobatorio del Plan de liquidación podrá introducir en él modificaciones en función de las observaciones, de forma que ni se presenta una vinculación estricta del Juez al contenido de la observación formulada, esto es, para rechazarla o admitirla sin alteración alguna, ni una plena libertad para, aprovechando la oportunidad de las observaciones formuladas, introducir cualquier modificación independiente de las observaciones en la propuesta de plan de liquidación. Por ello, parece predicable que el Juez no se somete estrictamente al sentido de las observaciones realizadas, pero no puede desvincularse por completo de las mismas para la aprobación del Plan, limitándose a alterarlas de forma accesorio o tangencial”. IV Congreso de Jueces..., cit., 5ª conclusión. p. 407.

⁶³² “...La previsión del art. 149.1 LC es aplicar tales reglas no sólo en ausencia de Plan de liquidación, sino también en lo no previsto en el mismo. Cuando ello resulta permitido expresamente en la legalidad no parece que pueda vedarse al Juez, en el trámite de aprobación del Plan, rechazarlo parcialmente, salvando en él aquello que pueda ser útil para la liquidación, y remitirse expresamente para lo rechazado a las reglas supletorias del art. 149 LC, de modo que fije la forma de combinar las previsiones del Plan y las reglas supletorias. Por otro lado, nada impide que parte del contenido del Plan ya propuesto por la Administración concursal consista en sí mismo en la aplicación de las reglas supletorias para la liquidación, del art. 149 LC, lo que determinaría que su modificación en la aprobación judicial extienda o limite la operatividad de tales reglas supletorias en el propio Plan previstas”. IV Congreso de Jueces..., cit., 6ª conclusión, p. 407.

5.7.2.3 Liquidación conforme a las Reglas legales supletorias

Cuando las posturas entre las partes legitimadas sean en extremo divergentes y no sea fácil adoptar una decisión que recoja posiciones de todos los alegantes o si el informe concursal no le aclara suficientemente la resolución a adoptar, el juez, teniendo como criterio fundamental lograr lo que sea más conveniente a los intereses del concurso, adoptará la decisión que a su juicio alcance esa finalidad. Decisión que será la aplicación de las Reglas Supletorias si considera el plan deficiente, falto de concreción en su contenido necesario o no estima para el interés del concurso modificarlo en función de las propuestas presentadas.

5.8 Posible aprobación provisional del plan hasta la sustanciación en firme del expediente laboral

Ante la disyuntiva de demorar la aprobación del plan hasta que se dé cumplimiento a lo que dispone el art. 64 de la Ley sobre tramitación del expediente colectivo de saneamiento laboral, el auto de aprobación del plan –por ejemplo, con la solicitud del expediente y con las consultas iniciadas- podría estar vacío de contenido sí, con posterioridad, y por falta de acuerdo, el auto con que se resuelve el expediente laboral es recurrido en suplicación por cualquiera de las partes, e incluso en casación ante el T. Supremo, con la dilación que supone la resolución de dichos recursos. La posibilidad del juez de resolver aplicando las Reglas supletorias tampoco ayudará, ya que el art. 149.1.2ºLC reitera el cumplimiento de los trámites previstos en el art. 64 para el caso de extinción, suspensión de contratos laborales o modificación de las condiciones de trabajo.

Por ello, podría ayudar –como ya indicamos con anterioridad- la aprobación provisional del Plan de liquidación, condicionando su aprobación definitiva a la declaración por resolución judicial firme sobre el expediente colectivo de saneamiento laboral. De esta forma, la negociación con posibles adquirentes sobre la venta de la empresa o de sus unidades económicas o ramas de actividad, tendría un fundamento de mayor firmeza, condicionando el perfeccionamiento de la compraventa y de sus

estipulaciones, al resultado del pronunciamiento en sentencia firme sobre el mencionado expediente laboral.

5.9 Recursos

5.9.1 Recursos en la liquidación anticipada

Contra el auto que aprueba la apertura de liquidación anticipada, así como el plan de liquidación puede interponerse recurso de apelación (art. 98 modificado LC), teniendo la consideración de apelación más próxima para resolver cuestiones sobre recursos de reposición y, con especial interés en este caso, sobre incidentes concursales planteados sobre impugnaciones del inventario y lista de acreedores, ya que –como anteriormente indicamos- aunque se producen durante la tramitación de la liquidación anticipada, se cursan en la fase común (art. 197. 4 LC). La sentencia que resuelve en apelación deviene firme, ya que no se encuentra encuadrada en los supuestos en los que cabe recurso de casación y extraordinario por infracción procesal (art. 197. 7 LC).

Si no se formularan observaciones ni propuestas de modificación por la administración concursal al plan de liquidación anticipada presentado por la deudora –y la evaluación del órgano de administración concursal no fuese negativa-, el auto de aprobación no sería recurrible en apelación, sino en reposición, pudiendo las partes reproducir la cuestión en la apelación más próxima; con su resolución se concluye la fase común (art. 98 modificado LC).

El art. 142 bis. 2 LC nada dice, en cuestión de recurso, sobre el auto de rechazo a la liquidación anticipada. En tal caso, y aplicando la norma general, (art. 197. 3 LC), sólo es recurrible en reposición cuestión que, como antes indicábamos, puede reproducirse en la apelación más próxima (art. 98 modificado LC).⁶³³

⁶³³ Para GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ-LÒPEZ SÁNCHEZ carece de sentido plantear recurso de reposición al auto que rechaza la liquidación anticipada “pues aunque la Audiencia Provincial estimase que la liquidación anticipada fue indebidamente rechazada, tal decisión recaería una vez que se ha producido la

5.9.2 Recursos en la liquidación ordinaria

5.9.2.1 De reposición y apelación

Aunque el art 148 no lo indique expresamente, por remisión a las normas generales de la LEC (art. 451), cabe presentar, contra el auto que apruebe el plan sin que las partes legitimadas hayan formulado observaciones o propuestas, recurso de reposición (art. 197.3 LC) ante el mismo juez del concurso, siguiendo los trámites prescritos en la LEC (arts. 452-453). Contra el auto que resuelva el recurso no cabrá recurso alguno, si bien las partes podrán sustanciarlo en la apelación más próxima, previa protesta realizada en plazo (art. 197.4 LC y 454 LEC).

El recurso de apelación es admitido por la LC contra el auto judicial que acuerde aprobar el plan, previa presentación de observaciones o propuestas por alguna o todas las partes legitimadas (deudora, acreedores y representantes de los trabajadores), tanto si se aprueba sin tener en cuenta ninguna de las propuestas presentadas, como si se atendió a las mismas, introduciendo modificaciones en función de las mismas⁶³⁴. También, si dejando

apertura de liquidación”. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A-LÓPEZ SÁNCHEZ, J., “La liquidación anticipada”, en o.c., p.163. El autor parte de la premisa de la apertura de liquidación automática mediante la aplicación de las RLS, cuando se hubiese rechazado el plan de liquidación. Hemos analizado anteriormente la cuestión, concluyendo que, si hubiera propuestas anticipadas u ordinarias de convenio admitidas a trámite, el juez debería verificar las adhesiones presentadas en la propuesta anticipada, aprobando el convenio si alcanzasen la mayoría legal o debería abrir la fase de convenio para que se votasen en Junta de acreedores o mediante tramitación escrita las propuestas ordinarias de convenio o la anticipada por el deudor no aprobada pero mantenida para someterla a la Junta. Nuestro parecer es, por tanto favorable a la presentación del recurso de reposición. E incluso a reproducirlo en la apelación que resuelve la fase común, ante su rechazo. La sentencia de la Audiencia Provincial que considerase indebidamente rechazada la liquidación anticipada abriría la fase de liquidación aprobando el plan. Si considerase el rechazo ajustado a derecho continuaría el procedimiento con la verificación de las adhesiones en la propuesta anticipada de convenio o se abriría la fase de convenio para que se tramitasen las propuestas ordinarias admitidas a trámite.

⁶³⁴ La *Loi de sauvegarde* francesa de 2005 trata expresamente del recurso de apelación en materia de cesión de empresa en el art. L. 661-6. A juicio de PEROCHON-BONHOMME sobre la cesión de empresa se manifiesta la tradicional tendencia del derecho de quiebra a la restricción de las vías de recurso, propiciando, la solución adoptada, la eficacia de la cesión. La apelación –en un plazo determinado- sobre las resoluciones de aprobación o denegación del plan de cesión de empresa puede presentarla el Ministerio Público, el deudor, el cesionario –sólo si se le imponen cargas que no aceptó- y el contratante del contrato que se hubiera cedido –únicamente por la parte de resolución que comporta la cesión del contrato-. El texto no menciona ni a los mandatarios, ni a los representantes de los trabajadores, ni tampoco a los ofertantes, cuyas

de lado el plan, el juez acuerda la liquidación mediante las Reglas legales supletorias (art. 148, 2 y 3 LC). El legislador, utilizando la vía especial del art. 197.3: “salvo que en esta Ley...se otorgue otro (recurso) distinto” al de reposición, para autos dictados por el juez del concurso, sanciona la posibilidad de interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (art. 455.2.2° LEC), el cual –como regla general- se reserva para las sentencias que aprueben el convenio o resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o promovidos durante la fase de liquidación. Este especial tratamiento trasluce a las claras la importancia que el legislador concede al plan de liquidación, por las consecuencias que trae aparejada su aprobación, modificación o denegación (al ser sustituido, en este último supuesto, por las Reglas supletorias). Su tramitación con carácter preferente (arts. 197.5 LC y 455.3 LEC) se conjuga con el cumplimiento de las disposiciones y cautelas previstas para el juicio ordinario (art. 197.5) en la LEC (arts. 456-465 de este cuerpo legal). El legislador desea dar celeridad al procedimiento, dada la rapidez que debe presidir su tramitación; pero, a la vez, quiere que se respete toda la normativa exigida en la sustanciación de la apelación.

5.9.2.2 Inaplicación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal

Contra la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial, que pone fin a la Segunda Instancia, no se admitirá recurso alguno, al no estar comprendida en los supuestos expresamente previstos en el apartado 7 del art. 197⁶³⁵.

ofertas no fueron aprobadas; ni tampoco a los controladores ni los acreedores. El recurso de casación está reservado al Ministerio Público (art. L 641-7). Vid. PEROCHON, F.-BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté...*, o.c., pp.409-410. LIZÉ, sin embargo, crítica que se haya instaurado la posibilidad de recurso de apelación en materia de cesión de empresa al deudor o al dirigente de la empresa. Para este autor, esto puede producir situaciones de bloqueo por parte del empresario que pueden perjudicar la posibilidad del adquirente de entrar en posesión de su adquisición. Toda ralentización rompe la urgencia que preside la posibilidad de salvación de la empresa. La decisión definitiva corre el riesgo de ser fatal para la empresa, cuyo funcionamiento no debe interrumpirse. LIZÉ, A., “Les solutions vues par un mandataire judiciaire...”, art. cit., p.201. Contrasta esta posibilidad de plantear recurso de apelación del deudor con la imposibilidad existente en la reglamentación anterior, salvo que en la resolución de aprobación o denegación del plan de cesión se hubieran rechazado también sus proposiciones de pago del pasivo. VALLENS, J-L., “La reforma del Derecho francés...”, art. cit., p. 411

⁶³⁵ Vid. BELTRÁN, E., “Plan de Liquidación”, cit., p. 2379. MANZANO, M.A., “La Liquidación”, cit., p. 636.

Llama la atención la inadmisión de recursos contra la sentencia de la Audiencia Provincial, recaída sobre el recurso de apelación. La LEC, en su art. 466, admite, como regla general, la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal o el de casación. Sin embargo, el legislador –consciente de la importancia que conlleva la rapidez en la liquidación- cierra el camino a ulteriores recursos, convirtiendo la sentencia sobre el recurso de apelación en resolución firme (art. 207.2 LEC), con todos los efectos de cosa juzgada que le impone la norma, en especial la acción ejecutiva en virtud del art. 517.2 LEC. Y decimos que llama la atención, positivamente, como contrapunto a la dilación que supondrá la consecución de sentencia firme en el incidente concursal planteado con la apertura del expediente colectivo laboral del art. 64, en función de la cadena de recursos que cabe interponer contra el auto del juez del concurso (art. 197,8 LC): recurso de suplicación a resolver por el TSJ; recurso en alzada de queja; recurso de casación ordinario, de casación por infracción de doctrina y recurso de revisión. Máxime sabiendo – como anteriormente hemos expuesto- que con carácter previo a la aprobación del plan debe cumplirse lo dispuesto en el art. 64, según sanciona el apartado 4 del art. 148 de la LC. La falta de articulación de los preceptos del Proyecto de Ley con la incorporación de otros procedentes de las enmiendas definitivamente aprobadas, sin la adecuada revisión para armonizar sus efectos, lleva, en este caso, a no poder cerrar definitivamente la puesta en práctica del plan, sobre todo en aspectos tan fundamentales como son el óptimo laboral, que incide sustancialmente en el precio definitivo y en el resto de condiciones de venta de la empresa e incluso en su propia viabilidad y conectado con todo ello en la negociación con posibles adquirentes.

Posiblemente retraerá al eventual comprador al no conocer definitivamente (lo cual comporta una sentencia firme) qué colectivo laboral va a permanecer en la empresa y quien sufragará, en su caso, las indemnizaciones que supongan la extinción del colectivo laboral cesante. Adquirir una empresa, con este sustancial aspecto sin resolver, en muchas ocasiones, inhabilitará la negociación. A la vista de las consecuencias, no se comprende como el legislador no ha habilitado igual mecanismo de cierre, en cuanto a recursos se

refiere, al incidente concursal por el que se resuelve el expediente colectivo laboral del art. 64 que el aplicado para la resolución del plan de liquidación.

Importante desconexión que debería resolverse con rapidez, si no se quiere echar por tierra los efectos beneficiosos que el plan de liquidación comporta mediante la enajenación unitaria de la empresa, de sus ramas de actividad o centros de trabajo con la finalidad de conseguir el mayor importe para la satisfacción de los acreedores, a ser posible, con la continuación de la actividad y de los puestos de trabajo cuya permanencia se considere optima para su viabilidad.

5.10 Incumplimiento del plan de liquidación

El art. 148.2 LC expresa que las operaciones de liquidación a llevar a cabo por la administración concursal deberán atenerse al plan aprobado por el juez, una vez que el auto adquiera firmeza. El incumplimiento del plan puede ser debido a la prolongación temporal de su encargo, a la transgresión de su contenido o a las irregularidades en la toma de decisión colegiada de los administradores concursales –si el órgano es tripartito–, en la puesta en práctica del plan.

Pero también cabe su incumplimiento por parte del adquirente de la empresa o de sus ramas productivas, –cuando haya sido esa la finalidad del plan– si se hubieran conculcado las condiciones en que se acordó su enajenación.

El medio legal de control con el que cuentan tanto el juez como las partes legitimadas en el concurso es el informe trimestral que la administración concursal debe presentar al juez del concurso sobre el estado de las operaciones, puesto de manifiesto en la secretaría del juzgado (art. 152.1 LC)⁶³⁶. En él deberán detallarse con claridad todos los actos relevantes llevados a cabo, relativos al contenido del plan, las dificultades que hubieran

⁶³⁶ El ALC 1983 (art. 245) preveía una Comisión Delegada –designada por la Junta de acreedores que hubiera aprobado el Plan– la cual vigilaría las operaciones de liquidación, además de llevar a cabo labores de asesoramiento del síndico.

encontrado, la posible demora en el diagrama temporal de realización de las operaciones y cuantas cuestiones tengan relevancia en orden al conocimiento en profundidad de los aspectos fundamentales de la operativa. De esta forma, tanto la sociedad concursada como los acreedores y el resto de legitimados en el procedimiento pueden impugnar los actos –u omisiones– de los administradores concursales que hubieran conculcado lo establecido en el plan de liquidación. El legislador, consciente de la importancia de esta medida de control, impone, en caso de incumplimiento, la posible aplicación de sanciones económicas e incluso de separación del cargo, ya que, de su no presentación o de su demora en hacerlo, pueden derivarse graves perjuicios para los intereses del concurso y de las partes legitimadas. Por ejemplo, la disminución de valor de la empresa en venta por retrasos no justificados en su enajenación; la pérdida igualmente injustificada de un comprador, cuya oferta fuera ajustada al valor de mercado; la venta a plazos de la empresa o de algún bien –si la liquidación se hubiera aprobado mediante la venta de bienes por separado– en contra de lo establecido en el plan, etc.

El retraso en la entrega del informe trimestral puede determinar la aplicación de las sanciones previstas en los arts. 36 y 37 LC. Por otra parte, si pasado un año desde la apertura de la liquidación no se hubiera finalizado, salvo causa que justificase la dilación (arts. 153.2 y 37.1 LC)⁶³⁷, los administradores concursales pueden ser separados de sus cargos y no sólo perderán el derecho a percibir las retribuciones devengadas, sino que además deberán reintegrar a la masa activa todas las cantidades percibidas desde la apertura de la liquidación (art. 153.3 LC); esta sanción, en principio, parece más rigurosa que la establecida en el art. 36.6 LC, derivada de la acción de responsabilidad por los daños y perjuicios causados a la masa activa, ya que ésta se circunscribe a la responsabilidad derivada de los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia, con gradación de la sanción económica, según causa-efecto y la gravedad de lo actuado (art. 36.1 LC), mientras que para la sanción económica por

⁶³⁷ Generalmente el medio idóneo de prueba para la existencia de justa causa será la de ampliación de plazo concedida por el juez a solicitud de los administradores concursales (art. 188 LC).

dilación indebida en el tiempo de la liquidación basta la inexistencia de justa causa para que se aplique en su totalidad la sanción económica tasada.⁶³⁸

Por lo que se refiere a la transgresión de las prescripciones contenidas en el plan de liquidación –actos u omisiones impugnables por las partes personadas en el procedimiento, mediante la interposición de la acción de responsabilidad-⁶³⁹, la sanción que corresponda debe determinarse de acuerdo con la teoría de la representación que distingue los límites de las instrucciones del mandato⁶⁴⁰. Los límites se refieren a las facultades concedidas –incluidas en el auto judicial de aprobación del plan de liquidación– sobre el patrimonio de la masa activa a liquidar. Las instrucciones constituyen el modo o manera en que deben ejecutarse los actos de liquidación (precio, condiciones, etc.). La infracción cometida por actos sin facultades conlleva la nulidad de los mismos⁶⁴¹, –por ejemplo, la venta de la empresa a sociedad no autorizada en el plan o la realizada de los diversos componentes del activo, cuando en el auto judicial se recogía la venta unitaria de la empresa–, si bien cabe la posibilidad de que el juez otorgue *a posteriori* su ratificación (art. 1259 y 1257 Cc).

El incumplimiento de las instrucciones (sobre precio, condiciones de venta, etc.) no afecta a la validez del acto, siempre que los tercero desconocieran que el acto estuviera viciado. En estos casos sólo habrá una sanción indemnizatoria de la administración concursal que debiera resarcir a la masa activa concursal por los daños y perjuicios ocasionados (art. 36.1 LC)⁶⁴².

En la LC no se recoge ningún precepto relativo al incumplimiento del plan de liquidación por lo que se refiere al adquirente de la empresa, entendiendo quizá que la

⁶³⁸ De todos modos, la sanción económica es similar a la preceptuada por el art. 74.3 LC por la no presentación en plazo del informe en el que se recogen, entre otros aspectos, la contabilidad de la deudora, inventario masa activa, lista de acreedores y exposición de su situación patrimonial.

⁶³⁹ La acción de responsabilidad puede también interponerse por la sociedad deudora, acreedores o terceros por aquellos actos u omisiones que, mediante la transgresión del contenido del plan de liquidación, lesionen también y de forma directa sus intereses (art. 36.7 LC).

⁶⁴⁰ Vid. MORALES, N., “De las operaciones de liquidación”, cit., pp. 1593-1594.

⁶⁴¹ La nulidad de los actos se sustanciará mediante incidente concursal, al no señalarse en la LC otra tramitación (art. 192.1 LC). Caben como medios de pruebas los preceptuados en el art. 299 LEC.

⁶⁴² Vid. MORALES, N., “De las operaciones de liquidación”, cit., p. 1594.

transgresión del clausulado contractual de la enajenación se sustanciará por los cauces de la normativa mercantil y procesal, quizá por suponer que mediante el pago de contado por la compra de la empresa y el cumplimiento previo de lo establecido en el art. 149.2, sobre sucesión de empresa, los posibles incumplimientos no son relevantes desde un punto de vista concursal.

Pero ¿y si el pago por la compra de la empresa ha sido aplazado? ¿Puede el adquirente vender todo o parte del inmovilizado de la empresa necesario para continuar la actividad, dejando la empresa inactiva? ¿O enajenar la empresa a un tercero, poniendo quizá en peligro todos o parte de los puestos de trabajo asumidos e incluso la propia continuación de la actividad empresarial? Estas y otras cuestiones relativas sobre todo a la garantía de continuidad de la empresa o de las unidades productivas y de los puestos de trabajo (art. 149.1.3^a LC) podían haberse concretado en normas de cierre para el caso de su quebrantamiento, al igual que lo ha llevado a cabo la Ley francesa de salvaguarda de las empresas de 2005⁶⁴³. Ante la ausencia de preceptos que regulen esos extremos, pensamos que la administración concursal, con la supervisión del juez, deberá incorporarlos en el contrato de enajenación, con las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios en caso de incumplimiento e incluso llegar a la rescisión de la enajenación en los casos de especial gravedad.

⁶⁴³ El art. L 642-10 dispone que el Tribunal podrá incluir en el plan de cesión una cláusula que haga intransferibles todo o parte de los bienes cedidos durante el periodo que determine, so pena de anulación de aquellos actos que infrinjan esta disposición. Se prohíbe, por otra parte, ceder o arrendar bajo la forma de arrendamiento de negocio los bienes materiales o inmateriales que haya adquirido (a excepción de las existencias), salvo autorización del Tribunal, quien tendrá en cuenta las garantías suscritas, prohibiendo siempre la sustitución del cesionario sin su aprobación (art. L 642-9), disponiendo que los actos realizados infringiendo estas normas serán anulados, a petición de persona interesada o del Ministerio Fiscal, dentro de un plazo de tres años desde la conclusión del acto. Y, finalmente, en el art. L 642-11 hace responsable al cesionario, ante el liquidador, de la aplicación de las disposiciones previstas en el plan de cesión, de tal manera que, en caso de incumplimiento, el Tribunal podrá poner fin al plan, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios, así como podrá acordar la resolución o rescisión de los actos realizados en ejecución del plan al que se haya puesto fin, sin que el cesionario pueda recuperar el importe pagado.

VII LIQUIDACIÓN CONFORME A LAS REGLAS LEGALES SUPLETORIAS (RLS)

VII.1 Evolución preconcursal

Durante el extenso periodo –más de 40 años- que abarca la redacción de los distintos anteproyectos sobre legislación concursal, sus diversos redactores tuvieron siempre en cuenta unas normas supletorias que se aplicasen *ex officio*, en el caso de ausencia de un plan de liquidación. Ya en el ALC 1959 se arbitraban unas normas que, coactivamente y con carácter supletorio, detallaban el procedimiento para liquidar los bienes según su naturaleza (arts. 76 ss.), con mención especial a la enajenación de la empresa como un todo y concebida como unidad económica de carácter mercantil, industrial o agrícola. Si no fuera posible o conveniente la enajenación de la empresa, según el prudente arbitrio del juez, se procedería a la enajenación aislada de sus elementos componentes. La forma de llevar a cabo la enajenación de la empresa sería la subasta, en la forma establecida para los bienes inmuebles; los bienes muebles e inmuebles se enajenarían, según las formalidades que para los de su clase concretaba la LEC entonces vigente.

El art. 244 del ALC 1983 establecía que, en defecto de plan de liquidación, en todo o en parte, y con carácter supletorio, se estaría a las normas para operaciones de liquidación de la masa activa, detallada en el Capítulo IV del Anteproyecto (arts. 272 ss.). Como prioridad recogía inicialmente la enajenación como un todo de las unidades u organizaciones productivas de carácter agrícola, industrial o comercial del concursado, siempre que se produjesen ofertas que permitieran obtener un mayor valor que el correspondiente a la valoración aislada de sus componentes. El procedimiento era la venta directa mediante selección de ofertas, que el síndico trasladaba a la comisión delegada de la junta de acreedores, en el caso que existiera. La comisión emitía informe que, una vez recibido por el síndico, emitía el suyo, sometiendo al juez las ofertas informadas, quien resolvía sobre la aprobación de la mejor oferta. En defecto de ofertas para la adquisición de unidades u organizaciones productivas del concursado o, en caso de no haberse aprobado ninguna, se procedía a la enajenación separada de los elementos componentes,

mediante un procedimiento específico si los bienes fuesen de particular importancia o, generalmente, siguiendo el procedimiento judicial de apremio.

Cabe resaltar que la finalidad postulada en este ALC para la enajenación de la empresa como un todo era la obtención del mayor valor con que atender a los créditos de los acreedores. De tal forma que si ese mayor valor se consiguiera con la venta aislada de sus distintos componentes, se debería llevar a cabo ésta, sin que entrasen en juego otras preferencias. Por otra parte hay que señalar también que la venta directa era el único procedimiento legal para la transmisión de la empresa.

En el ALC de 1995 (art. 189) los síndicos ocupaban un lugar prominente en el procedimiento concursal de liquidación a través de las RLS, en ausencia de plan aplicable o en lo no previsto por éste; a ellas iban dirigidas las disposiciones recogidas en el citado artículo, que contenía varias diferencias respecto a la regulación establecida en el ALC de 1983. Las unidades u organizaciones productivas agrícolas, industriales o comerciales pasaban en este ALC a denominarse más genéricamente “establecimientos y explotaciones”. Ya no se concreta la finalidad de su enajenación como un todo en obtener “un mayor valor”, que supere a la realización aislada de sus componentes, sino en lo que “sea más conveniente para la masa”. Esta última modificación, al parecer inocua, ya que en principio parece que lo más conveniente para la masa activa es que se obtenga el mayor valor en la enajenación de sus bienes para resarcir al máximo los créditos de los acreedores que conforman la masa pasiva, dejó abierta la vía para que, pasando de lo “más conveniente a los intereses del concurso” -principio establecido en los ALC 2000, 2001 y Proyecto de Ley Orgánica de 2002-, se incluyeran finalmente de manera preferente en la LC (art. 149.1 regla 3ª), cuando se trate de enajenar la empresa, los criterios de su continuidad y de los puestos de trabajo, dejando en último lugar, la mayor satisfacción de los créditos de los acreedores.

Para los bienes muebles e inmuebles se disponía su enajenación conforme a las disposiciones reguladoras del procedimiento de apremio, según su naturaleza, pudiendo el juez dispensar este procedimiento de enajenación a solicitud de los síndicos, oída la

comisión de acreedores. El legislador todavía no consideraba –tampoco en la normativa aplicable al plan de liquidación- la enajenación de la empresa como una *universitas bonorum*, aunque la contempla como unitaria. Se limitaba a dar criterios de enajenación para las distintas clases de bienes que integran la masa activa y, en consecuencia para la empresa.

En el ALC 2000 – art. 148- ya se da un salto cualitativo en la enajenación de la empresa como un todo (además de establecimientos y explotaciones, extendía el concepto a otras unidades productivas de bienes y servicios), al disponer su venta mediante subasta, dejando para los bienes y derechos su enajenación según disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio, según su naturaleza. Además para el caso de subasta desierta concedía autorización al juez para acordar la enajenación directa de la empresa. Finalmente, y respecto a las resoluciones a adoptar por el juez, -que revestirán la forma de auto- establecía expresamente la imposibilidad de presentar cualquier recurso. Esta formulación de las RLS se mantiene inalterada en el ALC de 2001 y en el Proyecto de Ley Orgánica de 2002.

Sin embargo esta secuencia pacífica que venía siendo la pauta de los últimos Anteproyectos se verá modificada por las distintas enmiendas presentadas en Congreso y Senado, que iremos detallando más adelante y que, sustancialmente, suponen una mayor intervención de los representantes de los trabajadores en la decisión judicial respecto a la opción de venta unitaria o por elementos e incluso en las opciones sobre las distintas ofertas de compra del conjunto de la empresa, y por el contrario una total ausencia de la sociedad concursada y de los acreedores en el proceso de decisión del juez e incluso en el informe a presentar por la administración concursal; sin olvidar la sumisión a la normativa laboral –y en concreto al art. 64 LC-en lo que suponga extinción, suspensión de contratos laborales o modificación en las condiciones de trabajo y a la consideración de sucesión de empresa, a efectos laborales, en el caso de su enajenación. En esta misma línea, y en caso igualmente de enajenación conjunta de la empresa mediante ofertas de compra, se modifica el objetivo de conseguir el máximo resarcimiento de los acreedores por la preferencia de aquellas ofertas que garanticen la continuidad de la empresa y la de los

puestos de trabajo, dejando en tercer lugar la mayor satisfacción de los créditos de los acreedores. Tendremos ocasión de ir analizando de forma pormenorizada el texto definitivo de la LC, en su art. 149.

VII.2 Consideraciones generales

Las RLS son el último reducto impuesto por el legislador para conseguir la liquidación ordenada del patrimonio de la concursada. La empresa –tanto en su vertiente personalista como en su envolvente de sociedad de capital- tiene un trato preferente. Diríamos que la liquidación de los bienes y derechos de la concursada –separados de la empresa o conceptuados como integrantes de un patrimonio concursal no empresarial- pasan a segundo plano. Su enajenación se efectuará a través del procedimiento de apremio regulado en la LEC, salvo en lo referente a los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial.

La opción, dejada en manos del juez, para elegir entre enajenación de la empresa como un todo, su división o la venta por separado de sus componentes nos lleva a pensar en el segundo objetivo que pretenden alcanzar las RLS. La elección judicial tendrá como fundamento lograr lo más conveniente a los intereses del concurso, que en este caso coincidirán con la mayor satisfacción de los acreedores⁶⁴⁴. Esta conclusión es clara. Si la norma obliga a enajenar la empresa como un todo, favoreciendo normalmente su continuidad y, en todo o en parte, la de los trabajadores, cuando el juez opta por la venta por separado de sus distintos componentes, a quién beneficia esta decisión es a los acreedores. El interés más conveniente del concurso, en este caso, se identifica con la consecución de la máxima cobertura posible de los créditos de los acreedores. Sin embargo, y como contrapunto al objetivo anterior, cuando el juez haya optado por enajenar la empresa como un todo (o por ramas autónomas de actividad) la Ley le obliga a preferir aquellas ofertas de compra que compaginen la continuidad de la empresa y los puestos de trabajo “así como” (el entrecomillado es nuestro) la mayor satisfacción de los

⁶⁴⁴ Vid. BELTRÁN, E.,-MERCADER, J., “Artículo 149. Reglas legales supletorias”, en ROJO, A-BELTRÁN,E., (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Thomson-Civitas, Madrid 2004, p.2384.

créditos de los acreedores. Lo que constituía factor exclusivo de elección entre enajenar la empresa como un todo o por elementos separados pasa a ser un factor acompañante y, a nuestro juicio, no primordial en la elección de la mejor oferta de compra. ¿Qué juez elegirá una oferta de compra que se oriente al cierre de la actividad, aunque la puja en lo económico sea la que cubra en mayor medida los créditos que constituyen la masa pasiva del concurso? O incluso, ¿se atrevería a optar por la mejor oferta económica, que propugne además la continuidad de la empresa, pero con la extinción de todos los contratos laborales?

Por otra parte, las RLS imponen un nuevo criterio legal y es la preponderancia de los intereses de los trabajadores en las decisiones a adoptar por el juez. Sin coartar su libre opción el juez, sin embargo, no sólo debe oír a los representantes laborales, sino que el posible informe de la administración concursal sobre la enajenación unitaria de la empresa o por elementos, se les someterá para que puedan formular las observaciones o propuestas que consideren pertinentes. Se reitera la obligación de tramitar los expedientes de extinción, suspensión colectiva o modificación de las condiciones de trabajo a través del procedimiento desarrollado en el art. 64 LC y, finalmente, con relación a la elección de las ofertas de compra, el juez oírán, en todo caso, lo que tengan que decir los representantes de los trabajadores, antes de adoptar cualquier decisión. Por el contrario, la sociedad concursada y los acreedores no tienen voz ante las decisiones que el juez tiene que tomar. Sólo –además de la administración concursal, y no siempre– son los trabajadores, a través de sus representantes los que informan y pueden hacerse oír por el juez.

Finalmente la norma trata de facilitar la adquisición de la empresa o de sus unidades económicas autónomas mediante la eventual no subrogación del adquirente en los salarios e indemnizaciones pendientes de pago, asumidas por FOGASA. Facilidad parcial y escasa ante la posibilidad de haber dispuesto una mayor flexibilización y rapidez de procedimiento en la extinción de los contratos laborales con relación al adquirente. Éste, adoptando la decisión de ofertar la continuidad en la actividad, hubiera necesitado mayor libertad en la elección del colectivo laboral y menor (o ningún) grado de asunción de cargas salariales e indemnizatorias, gravamen generado en una etapa anterior a la

adquisición de la empresa. Y ello, suponemos, al olvidar el legislador que una cosa es aplicar la normativa del ET sobre sucesión de empresa en la transmisión de la misma en situación de normalidad y otra la que se contempla en su liquidación concursal.

VII.3 Diferencias entre las normas aplicables al plan de liquidación ordinaria y a las RLS

a. Sobre la enajenación de la empresa.

En el plan de liquidación ordinaria no se dispone inicialmente la venta de la empresa como un todo, dejándose a la administración concursal el análisis de su factibilidad. Ni siquiera ese criterio se incluye en la propuesta anticipada de liquidación. En las RLS, por el contrario, se impone al juez la venta de la empresa como un todo, salvo que considere mejor para los intereses del concurso (no dice “intereses de los acreedores”) la venta por elementos.

b. Influencia de la administración concursal.

La resolución judicial del plan de liquidación ordinaria no admite elección, si no hubiera observaciones o propuestas de modificación al plan presentado por la administración concursal, tanto si la opción es enajenar la empresa como un todo como si se hubiera elegido la venta por elementos separados. En cambio, en las RLS prevalecerá la elección del juez si estima –previo informe de la administración concursal- más conveniente para los intereses del concurso la enajenación de los elementos componentes de la empresa que su venta unitaria.

c. Preferencias.

No se imponen preferencias en el plan, en el caso de enajenación de la empresa como un todo. Si se aplican en las RLS, cuando existan ofertas de compra de empresa en su conjunto o de sus unidades productivas, ya que se preferirán las que garanticen la continuidad, los puestos de trabajo así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores.

d. Flexibilidad.

El plan denota mayor flexibilidad que las RLS, ya que en el primero se contempla la venta unitaria de la empresa “si fuera factible”; en cambio en las RLS, como regla general, la empresa o sus unidades productivas se enajenarán como un todo.

e. Plazo.

Perentorio para la presentación del plan por la administración concursal: quince días más otros tantos de prórroga para casos de especial complejidad. Diez días para que la administración concursal informe al juez sobre las posibles observaciones o propuestas de modificación del plan que propongan sociedad deudora, acreedores y representantes de los trabajadores. En las RLS no se exige un plazo determinado a la administración concursal para informar al juez sobre la conveniencia de enajenar la empresa mediante su división o por la realización aislada de sus componentes, aunque si lo hace –quince días- para imponer al juez la audiencia de los representantes de los trabajadores, antes de adoptar la resolución que estime procedente.

f. Intervención.

En el plan de liquidación ordinaria la sociedad concursada, los acreedores y los representantes de los trabajadores pueden formular observaciones o propuestas de modificación. En las RLS “sólo” los representantes de los trabajadores pueden informar. Incluso, como antes indicábamos, el juez (no la administración concursal) debe oírles en audiencia, preceptivamente, antes de adoptar su resolución. En caso de ofertas de compra por la empresa unitaria, el juez debe igualmente oír “sólo” a los representantes de los trabajadores, especialmente en relación al grado de cumplimiento de las preferencias legales. Tampoco aquí se incluye la audiencia de la concursada y los acreedores.

g. Recursos.

Contra el auto judicial de aprobación del plan, sin que se hayan formulado observaciones o propuestas de modificación sólo cabe recurso de reposición. Si

hubiera habido observaciones o propuestas puede interponerse recurso de apelación. En las RLS, para las resoluciones judiciales sobre enajenación como un todo, por ramas de actividad o de sus componentes, no cabrá recurso alguno.

h. Sucesión de empresa.

Si nada se hubiera concertado con la representación laboral en la preparación del plan de liquidación, sobre aspectos relativos a la sucesión de empresa, en materia laboral, se aplicará supletoriamente lo dispuesto en el art. 149.2 LC de las RLS.

VII.4 Motivos para su aplicación

4.1 Aplicación plena por falta de aprobación del plan

La apertura de la fase de liquidación, como hemos ya analizado, viene precedida de una solicitud liquidatoria –no revocada- de la sociedad concursada, o bien de oficio por la inexistencia de un convenio, su fracaso por falta de aprobación, rechazo judicial, nulidad o, finalmente, por su incumplimiento. Una vez abierta la fase liquidatoria la administración concursal presentará en plazo un plan de liquidación, que puede ser o no aprobado por el juez⁶⁴⁵. Las RLS se aplican automáticamente ante la inexistencia de un plan de liquidación ordinaria⁶⁴⁶. Aunque cabe la posibilidad que la administración concursal, por la brevedad del plazo concedido para su elaboración –máximo un mes-, presentare el plan fuera de plazo e incluso lo elaborase con lagunas o deficiencias, raramente se dará el caso de falta de presentación del plan por las graves consecuencias

⁶⁴⁵ En la liquidación anticipada, el plan presentado por la sociedad deudora, sirve a la vez de solicitud de liquidación. El juez, al aprobar o rechazar el plan, aprueba o rechaza también la apertura de la liquidación. En caso de rechazo de su apertura no parece que deba suponer automáticamente la aplicación de las RLS, sino, como analizamos anteriormente, debería abrirse la fase de convenio.

⁶⁴⁶ BELTRÁN, E.,- MERCADER, J., “Art. 149 Reglas legales supletorias”, cit., p. 2382. Opinión contraria es sustentada por DE LA CUESTA RUTE, para quien es dudoso que se aplique, si no se hubiera formulado ningún plan por la administración concursal. Para este autor, el art. 149 se refiere sólo a la no aprobación de un plan, no cubriendo la no presentación de plan alguno al Juez. Vid. DE LA CUESTA RUTE, J.M^a, “La fase de liquidación”, cit., p. 270.

que comportaría su omisión a la administración concursal (arts. 36 y 37 LC)⁶⁴⁷. Si sucediera, en caso de su separación del cargo por el juez, una vez efectuado un nuevo nombramiento (art. 38 LC) encargaría a los nuevos administradores la elaboración del plan, para su presentación en plazo, con la dificultad añadida del breve espacio temporal que ello supondría, al carecer de conocimiento previo de las actuaciones desarrolladas en el concurso⁶⁴⁸.

Por otra parte la norma no dispone expresamente que la falta de aprobación sea a un plan elaborado por la administración concursal. Recordaremos que la entidad concursada debe acompañar a la solicitud de liquidación una propuesta de plan de liquidación (por lo menos cuando se pida con el concurso voluntario) (art. 6.4 LC), propuesta que consta en la documentación aportada y, por supuesto, que es conocida por el juez (art. 14 LC). Y al igual que exponíamos al tratar de las observaciones o propuestas de la concursada al plan presentado por la administración concursal, en el sentido de tener en cuenta la propuesta de plan de la sociedad deudora por parte de los administradores concursales para informar sobre ella al juez, sirve aquí para argumentar la posibilidad de que éste tomase en consideración la propuesta de plan de la concursada –plan que le sería presentado por la administración concursal-, e incluso aprobarlo, si considerase que conviene a los intereses del concurso, pudiendo ser suplido parcialmente, en los aspectos no recogidos, por las RLS.

Recapitulando, la no aprobación de un plan de liquidación ordinaria puede deberse a:

- ausencia de plan presentado por la administración concursal.
- presentación fuera de plazo del plan presentado por los administradores concursales⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ La perentoriedad del plazo dispuesto por el art. 148.1, e incluso las omisiones o deficiencias sustanciales, podrían fundamentar también una acción de responsabilidad por parte de la entidad concursada o los acreedores.

⁶⁴⁸ Considero que, dado que el Juez deberá notificarles la resolución de apertura de la fase de liquidación, los nuevos administradores tendrán ese plus temporal, a añadir al plazo máximo de un mes, en el que deberán presentar el plan.

⁶⁴⁹ La presentación del plan fuera de plazo puede ser debida a la ausencia de acuerdo de los administradores concursales en su redacción definitiva o incluso dificultades en su elaboración, debidas a la complejidad de la masa activa. Estos supuestos podrían haberse resuelto, dejando al arbitrio del juez la concesión de

- Rechazo de la propuesta del plan de liquidación ordinaria presentado por la sociedad concursada, ante la ausencia del que debiera elaborar la administración concursal.
- Plan de liquidación viciado de nulidad por contravenir determinadas disposiciones legales⁶⁵⁰.
- Plan de liquidación en el que se recojan por la administración concursal modificaciones u observaciones de la sociedad concursada, acreedores o representantes de los acreedores no convenientes a los intereses del concurso.

Cualquier de estas causas podrá comportar la resolución judicial de liquidar el patrimonio de la concursada mediante las RLS.

4.2 Aplicación parcial por lagunas en el plan de liquidación

¿Qué significación cabe dar a la expresión normativa “en lo que no hubiese previsto el aprobado” (o sea, el plan de liquidación)? (art.149. 1 LC). Porque el legislador ha dejado un amplio margen de actuación a su contenido, siempre que se incluya la realización de toda la masa activa del concurso y se contemple la factibilidad de la enajenación como un todo de la empresa o de sus unidades productivas. Sin embargo, esa misma generalidad sobre el conjunto de operaciones de liquidación conlleva una inconcreción en aspectos esenciales que pueden modificar los objetivos pretendidos por el plan de liquidación. Por ejemplo, si en el plan se opta por la venta directa de la empresa como un todo mediante ofertas de compra, estableciendo un precio mínimo de compra, sin hacer mención de otros condicionantes, ¿entra en juego la regla 3ª del art. 149 referente a la preferencia de las ofertas que incluyan la continuidad de la empresa y/o los puestos de trabajo? Y en la venta de ramas de actividad autónomas, mediante subasta ¿se aplicará la venta directa, si aquélla quedare desierta, cuando nada se hubiera dispuesto en el plan?

prórrogas, con justificación previa de su necesidad. Vid. RUBIO VICENTE, P.J., “La enajenación de la empresa...”, art. cit., p. 135.

⁶⁵⁰ El control judicial de la legalidad y del cumplimiento de los intereses y fines del concurso deberá impedir la aprobación de un plan de liquidación viciado de nulidad, ya que el juez -al ser el auto motivado- habrá analizado el contenido del plan y su ajuste a la normativa aplicable. Vid. RUBIO VICENTE, P.J-. “La enajenación de la empresa...”, art. cit., p. 135.

Parece que deberán aplicarse las RLS cuando no se haya contemplado en el plan de liquidación la forma de enajenar la empresa como un todo o por unidades productivas (ramas autónomas de actividad), así como en la realización de los bienes y derechos no incluidos en el plan⁶⁵¹. Igualmente procedería su aplicación si hubiera fracasado la venta directa o se estableciera la enajenación mediante subasta judicial, en cuyo caso deberán aplicarse las normas establecidas en las RLS (que son las dispuestas por la LEC para el procedimiento de apremio)⁶⁵².

En el primer supuesto de los incluidos como ejemplo, y aplicando los criterios de supletoriedad que consideramos correctos, no debiera aplicarse la preferencia de la regla 3ª, ya que el plan contempla, como esencial, el mayor precio de compra que resulte de las ofertas presentadas, sin que entre en consideración otra preferencia que la mayor satisfacción de los créditos de los acreedores. Sin embargo, en la venta de unidades productivas sí que entraría en juego la regla 1ª ya que, para ellas, en caso de resultar desierta la subasta, el juez puede acordar la enajenación directa de las mismas. De todas formas, convendrá que el plan se redacte de la forma más detallada y exhaustiva posible, previendo todos los extremos, con el fin de evitar lagunas en aspectos importantes que, en su ausencia, permitan su regulación mediante las RLS, distorsionando posiblemente la configuración del plan e incluso dando pie a interpretaciones dispares que entorpezcan la rapidez de su puesta en práctica⁶⁵³.

⁶⁵¹ Vid. BELTRÁN, E.,-MERCADER, J. “Art. 149. Reglas legales supletorias,” cit., p. 2382.

⁶⁵² Vid. MORALES, N., “Reglas legales supletorias”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, T. II, p. 1596.

⁶⁵³ Vid. RUBIO VICENTE, P. J., “La enajenación de la empresa...”, art. cit., p. 136.

VII.5 Disposiciones legales de aplicación sobre la enajenación de la empresa

5.1 Consideraciones generales

Continúa el legislador en la regla 1ª del art. 149 con la ambigüedad sobre el concepto de empresa, al igual que en muchas otras disposiciones concursales. En el art. 148 –al tratar del plan de liquidación– recoge la expresión conjunto unitario de los “establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas”; también cuando dispone sobre el cierre de la totalidad o parte de... “establecimientos o explotaciones” (art. 44.4 LC) o cuando se refiere a la memoria de actividades que debe acompañar a la solicitud de declaración de concurso (art. 6. 2. 2º I LC). A renglón seguido se refiere a “grupo de empresas (art. 6. 2. 2º III LC); concurso de empresas (art. 100.1.II LC) o “conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial... o de determinadas unidades productivas (al tratar del contenido de la propuesta de convenio, art. 100.2.II LC) o también de “actividad empresarial” en el art. 84.2.5º LC y de “apoderados de la empresa en el art. 93.1.2º LC). Quizá la norma en la que con más claridad se regula sobre la empresa sea en el art. 64 LC en relación a los contratos de trabajo. Son los trabajadores de la empresa los que pueden solicitar las modificaciones, extinciones o supresión de los contratos laborales (nº 2); es la viabilidad futura de la empresa la que pueda dar lugar a adelantar las medidas antes enunciadas (nn. 3, 4 y 5.II); los vocablos “empresa”, “empresario”, “comités de empresa (nn 5.I, II y III; 6.I y 10) son frecuentemente empleados en esta disposición.

Pero en la regla 3ª del art. 149.1 LC el legislador parece querer incluir la ambivalencia de conceptos que permea en toda su normativa. En la regla 1ª se dispone la enajenación como un todo del “conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas...”, para aclarar en su regla 3ª.II: “en caso de enajenación del conjunto de la empresa”... y de ofertas de “compra de la empresa”, rematando el concepto jurídico de empresa en el nº 2 de dicho artículo, cuando se refiere a la empresa como “conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria”. Así pues el conjunto de establecimientos, explotaciones y cualquier

unidad productiva debe interpretarse –en la normativa concursal- como empresa. Diría más: en mi opinión no sólo debe conceptuarse la empresa como “conjunto de establecimientos....”, sino que incluso un único establecimiento puede ser una empresa, ya que, como analizamos pormenorizadamente al exponer la noción de empresa a efectos de su liquidación concursal (Capítulo III.1.3) , incluso la unidad productiva autónoma o rama de actividad, si responde a la definición de empresa antes expresada, es decir si contiene un conjunto de medios orientados a una actividad económica, aunque sea accesoria, y por tanto goza de autonomía, es y debe ser considerada –también a efectos concursales- una empresa, sobre la cual decretarse, como atinadamente permite el art. 592.3 LEC, su embargo en la ejecución por vía de apremio.

Determinado el objeto de la enajenación –la empresa- conviene antes de analizar su realización, llevar a cabo algunas precisiones:

- 1º La empresa, como conjunto de establecimientos, explotaciones y otras unidades productivas, está integrada por una multiplicidad de bienes muebles, inmuebles, derechos sobre bienes materiales e inmateriales, organización, clientela imagen, proyección. Es una universalidad de bienes y derechos afectos a una finalidad económica común que, aún pudiendo ser cedida por un solo título no significa que le “pertenezcan” todos los bienes y derechos integrados ella. La empresa –el empresario persona física, o la integrada en una persona jurídica (sociedad personalista o de capital)- no tiene normalmente la titularidad dominical de todos los bienes y derechos, sino que los mismos están afectos a una finalidad común de explotación⁶⁵⁴; los locales y otros inmuebles pueden estar arrendados; es posible el *leasing* de la maquinaria o el *renting* de los vehículos; es corriente que la empresa sea cesionaria de las patentes que utiliza... En consecuencia, la expresión utilizada por la LC en esta regla 1ª “perteneientes al deudor” es impropia, al confundir pertenencia, es decir propiedad o titularidad dominical, cono

⁶⁵⁴ MORALEJO, N., “Reglas legales supletorias”, cit., p. 1601.

titularidad de la organización. Por tanto, la enajenación de la empresa, en la liquidación, constituye una transmisión definitiva de la organización, mediante la cesión –en un único título- de la misma⁶⁵⁵. Analizaremos en su momento la dificultad existente en la cesión de determinados bienes y derechos, al ser determinante el consentimiento del contratante cedido

- 2º Por otra parte la enajenación de la empresa, tal y como ha quedado definida, no significa que indefectiblemente deba integrarse en la misma la “totalidad de los bienes y derechos” que conforman su activo, sino, en principio, lo necesario y sustancial para la continuación o recommienzo de su actividad. Puede, por tanto, enajenarse de manera independiente los valores –acciones, participaciones,⁶⁵⁶ obligaciones...- los stocks de materias primas y productos terminados, incluso inmuebles que constituyan el circulante de la empresa o que se consideren innecesarios para el desenvolvimiento de su actividad. Siempre que con su venta separada se obtenga un mayor valor y que, además, no constituyan un elemento imprescindible para la enajenación unitaria.

5.1.1 ¿Es la conservación de la empresa finalidad de las RLS?

En contraposición a las disposiciones sobre el plan de liquidación, en donde la enajenación de la empresa es recomendada, pero sin ser objeto prioritario su continuidad, las RLS –según parte de la doctrina- parecen estar inspiradas en el principio general de conservación de las unidades productivas⁶⁵⁷. Indudablemente el legislador impone al juez el deber de enajenar la empresa como un todo, pero no de forma incondicionada, sino siempre que considere que esa decisión es la que más conviene a los intereses del concurso; así lo recoge la Exposición de motivos (VII, párrafos 4º y 5º), indicando que, mediante las RLS, “la Ley procura la conservación de la empresa...mediante su

⁶⁵⁵ Vid. MORALES, N., “Reglas legales supletorias”, cit., p. 1605.

⁶⁵⁶ Deberán excluirse de su venta independiente aquellas acciones o participaciones de empresas filiales o que puedan dar un valor añadido importante a la enajenación de la empresa.

⁶⁵⁷ Vid. MANZANO, M.A., “La liquidación”, cit., p. 637.

enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa”. En consecuencia, la primera regla supletoria, a mi entender, no es la venta unitaria de la empresa sino velar por lo que sea mejor para los intereses del concurso, al igual que ocurre con la decisión judicial sobre las observaciones o propuestas que las partes habilitadas hicieren al plan de liquidación presentado por la administración concursal (art. 148.2 LC).

Llegados a este punto la cuestión estriba en conocer cuáles sean los intereses del concurso que prevalentemente hay que defender. Respecto al plan de liquidación parecía claro que esos intereses coincidían con la obtención del mayor precio posible con el que atender al pago de los créditos de los acreedores, ya que no se debe olvidar que la liquidación de los bienes de la sociedad concursada va encaminada a cubrir los créditos de los acreedores concursales. ¿Es este el criterio interpretativo que debe adoptarse sobre lo expuesto por el legislador en la regla supletoria 1ª? Para parte de la doctrina es claro: los intereses concursales sólo pueden identificarse con la mejor satisfacción posible de los acreedores. Si el juez estimase que para ello debe proceder a la enajenación de la empresa como un todo, no será necesario informe previo de la administración concursal (aunque sí se le impone preceptivamente la audiencia a los representantes de los trabajadores).⁶⁵⁸

Si el juez duda sobre cuál sea el mejor camino de defensa de los intereses del concurso, solicitará de la administración concursal un informe con el que clarificar su

⁶⁵⁸ Vid. BELTRÁN, E. - MERCADER, J., “Art. 149. Reglas legales supletorias”, cit., p. 2384. DE LA CUESTA RUTE, J. Mª, “La fase de liquidación, cit., p. 270. Para este autor la enajenación como un todo (aunque la enajenación como un todo de una empresa no significa necesariamente continuación de la empresa) en principio se reputa mejor para conseguir el mejor valor con que atender los créditos de los acreedores. Si no es así, el juez puede desistir, si en informe de la administración concursal, le manifiesta otra forma de conseguir esos intereses. CASERO LINARES, desde otra óptica, señala que la conservación de la empresa, si bien parece ser el criterio básico en la enajenación de los bienes y derechos de la sociedad concursada, junto a él, la Ley dispone que debe prevalecer lo que el juez estime más conveniente para los intereses del concurso, sin que nos indique con claridad cuál sea el criterio legal sobre el interés del concurso. Pero conjugar ambos criterios a veces será imposible, pues asegurar la continuidad de la empresa puede no ser compatible con el mantenimiento de los puestos de trabajo, ni con el interés de los acreedores, que será siempre obtener el mejor precio, con independencia de la supervivencia de la empresa. CASERO LINARES, L., “Comentarios sobre el art. 149. Reglas legales supletorias”, en AAVV, PALOMAR OLMEDA (coord.), *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid 2004, p. 1056.

decisión (aunque bien puede este órgano remitir su informe, aún sin haberlo solicitado el órgano judicial). Conviene hacer notar que si el criterio prevalente de la 1ª regla supletoria hubiera sido la conservación de la actividad de la empresa, la continuidad de los puestos de trabajo o bien ambos, el juez no hubiera necesitado informe alguno de la administración concursal para ponderar la vía alternativa de la división o la venta aislada de los componentes de la empresa. La continuidad de la empresa en su actividad es incompatible con la venta aislada de sus componentes. Más aún, en la regla 1ª no se expone la continuidad de la empresa, sino sólo su enajenación, ya que, en algunos casos, la empresa a enajenar estará inactiva. Por tanto, lo que el legislador pretende, con esta 1ª regla es que el juez, bien a través de sus propias conclusiones, bien mediante el informe de la administración concursal, pueda decidir entre la venta de la empresa como un todo, de sus unidades productivas o la enajenación aislada de sus componentes con el fin de obtener la mejor satisfacción de los acreedores. Otra cosa será si habiendo decidido enajenar la empresa como un todo continúa o no siendo prevalente el criterio de satisfacción de los acreedores, como más adelante analizaremos.

Por ello, parece que no cabe hablar de carácter subsidiario o excepcional de la venta por elementos⁶⁵⁹, sino de procedimiento alternativo, ya que, llegados al final del procedimiento concursal y fracasado o no intentado un posible convenio, mediante el cual sí podría haber sido más factible la continuidad de la actividad de la empresa, ahora, en fase de liquidación, no será difícil concluir, en muchas ocasiones, la falta de viabilidad de la empresa o su exiguo valor en venta, y por tanto considerar como mejor opción la enajenación aislada de sus componentes⁶⁶⁰. A mi juicio no se trata de llevar a cabo, en primer lugar, la enajenación unitaria de la empresa y cuando no haya sido posible –por inviabilidad del conjunto o mayor valor de alguna de sus partes- recurrir, en segunda

⁶⁵⁹ Opina de manera contraria RUBIO VICENTE. Para este autor la posibilidad de venta parcial de unidades o elementos de forma aislada se relega a un segundo plano, ya que sólo si el juez, previo informe de la administración concursal, lo considera conveniente a los intereses del concurso lo tendrá en cuenta. De lo cual deduce su carácter subsidiario o excepcional. Vid. RUBIO VICENTE, P.J., “La enajenación de la empresa...”, art. cit., p. 136. En este sentido cita, entre otros, a BUFETE MARROQUÍN en AA.VV., “La nueva Ley concursal: Comentarios y Formularios a la Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal”, Grupo Difusión, T. I, Madrid 2003, p. 812.

⁶⁶⁰ En ocasiones cabrá soluciones mixtas, mediante la venta de algunas ramas de actividad de la empresa juntamente con la enajenación aislada del resto de sus componentes.

instancia, a las enajenaciones individualizadas⁶⁶¹, sino adoptar judicialmente –ya desde el principio- una u otra decisión –venta unitaria de la empresa o bien la de sus unidades productivas o la de sus componentes aislados- en base al juicio que el propio juez tenga sobre el particular, eligiendo la venta de la empresa como un todo o, como será lo habitual, apoyado en el informe de la administración concursal –basado fundamentalmente en la viabilidad o no de la empresa o la de sus unidades productivas- y en las indicaciones de los representantes de los trabajadores, siempre teniendo en cuenta que el interés del concurso es la consecución del mayor valor con que atender los créditos de los acreedores.

El juez, ponderados todos los análisis técnicos y las distintas recomendaciones de los administradores y representantes laborales, decidirá si es más conveniente adoptar una u otra solución. Si optase por la venta aislada de los elementos, obviamente su decisión no estará afectada por los criterios de preferencia expresados en la regla 3ª. Estos sólo debieran entrar en juego cuando se presenten ofertas de compra por la empresa en su conjunto o la de sus unidades productivas. Si, finalmente, se decidiese por la venta de la empresa como un todo, los intereses de los acreedores habrán coincido con los intereses del concurso. Será en un estadio posterior, al proceder a su enajenación, cuando entren en juego –si se presentan ofertas de compra- las preferencias de la regla 3ª, es decir las garantías de continuidad de la actividad empresarial, de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores.

En conclusión, y por lo que se refiere a la regla 1ª, no parece ser su finalidad prioritaria la conservación de la empresa, sino el obtener la mayor satisfacción para los acreedores⁶⁶² en la ejecución de los bienes del deudor, bien enajenando la empresa como un todo o por ramas autónomas de actividad, bien procediendo a la venta aislada de sus elementos. Será en la enajenación de la empresa –si se adopta esa decisión por el juez- cuando entren en consideración los criterios de preferencia de la regla 3ª, la conservación

⁶⁶¹ La posición adoptada, en este punto, por RUBIO VICENTE se centra en que si el legislador hubiera querido orientar la venta directa como norma prioritaria y, si ésta fracasase, llevar a cabo su enajenación por elementos, lo hubiera expuesto de forma bien distinta a como lo ha hecho. Vid. RUBIO VICENTE, “La enajenación de la empresa...”, art. cit., p. 136.

⁶⁶² CASERO LINARES. L., “Art. 149. Reglas legales supletorias”, en AA.VV. PALOMAR OLMEDA, A., *Comentarios ... o.c.*, p. 1056.

de la empresa en primer lugar y, en consecuencia, la continuidad de la actividad empresarial.

5.2 Informe y audiencia preceptivos, anteriores a la resolución judicial

El juez, en las RLS, es el conductor y decisor de los distintos aspectos de la liquidación, si bien el brazo ejecutor, es decir, quien tiene facultades de disposición y administración, sea la administración concursal. Diferente era la postura judicial en el plan de liquidación, ya que la elaboración del informe conductor del plan se encomendaba a los administradores concursales. El juez podría aprobarlo, hacer caso en todo o en parte a las observaciones o propuestas de la entidad concursada, acreedores y representantes de los trabajadores o incluso dejar de lado el plan y acordar la liquidación conforme a las RLS, pero siempre el inicio del plan –según el art. 148.1 LC- se encomendaba a la administración concursal. El juez –según la regla supletoria 1ª- no necesita analizar informe alguno de la administración concursal para enajenar como un todo la empresa. Si lo estima oportuno, adoptará, mediante auto, esa resolución, sin que quepa recurso alguno, aunque está obligado por Ley a oír a los representantes de los trabajadores, en el plazo de quince días desde que formalmente se les dé audiencia, antes de resolver⁶⁶³.

Pero cuando el juez, al analizar la empresa, tenga incertidumbre sobre cuál deba ser la decisión más acorde con los intereses del concurso, solicitará informe a la administración concursal para clarificar la mejor opción, por ejemplo, en el caso de empresa inactiva; o aquella situada en un enclave urbanístico de gran valor con relación al total activo de la empresa en funcionamiento o bien cuando haya inviabilidad manifiesta sobre la actividad empresarial, etc. En este caso, y por imposición legal, el informe de la administración concursal se someterá al dictamen de los representantes de los trabajadores (en cumplimiento del art. 148.3 LC por remisión de la regla 1ª) para que formulen las observaciones o propuestas que consideren oportunas, debiendo además el juez oír sus

⁶⁶³ La prudencia del juez le llevará –aunque no sea preceptivo- a solicitar dictamen a la administración concursal e, incluso, a expertos independientes para apoyar su decisión, ya que el auto por el que resuelva deberá ser motivado y, en consecuencia, el dictamen puede servirle de base para su argumentación.

manifestaciones antes de adoptar cualquier resolución, tanto si se ha producido informe como si se fuera a resolver a favor de la empresa unitaria, para lo que no necesita informe alguno de la administración concursal (regla 1ª. II)⁶⁶⁴.

Un sector doctrinal, ampliamente mayoritario, considera inadecuado a la vez que perjudicial no haber tenido en cuenta a la sociedad concursada ni a los acreedores a la hora de presentar observaciones o alternativas al informe de los administradores concursales, o por lo menos ser oídos por el juez como, sin embargo, se contempla en la norma que trata sobre el plan de liquidación⁶⁶⁵. No sólo por el mayor aporte de pareceres de los que el juez dispondría para enriquecer su decisión, sino también por el grado de conocimiento que sobre la empresa y sus circunstancias tiene sobre todo la entidad concursada, sin dejar de lado la ruptura de la *par conditio creditorum* que supone la exclusión de los acreedores no laborales a la hora de informar sobre lo que de forma transcendente les afecta⁶⁶⁶.

En su poder los informes preceptivos y celebrada la audiencia con los representantes de los trabajadores, el juez resolverá mediante auto, con motivación de la resolución adoptada, no siendo posible presentar contra ella recurso alguno, ni siquiera reproducir la cuestión en la apelación más próxima (art. 197, 2 y 3 LC). Esta excepción a la regla general de admisión de recurso de reposición tiene a nuestro juicio el interés que, en este caso concreto, ha demostrado el legislador por aligerar el proceso. Por otra lado, sin embargo, priva a la sociedad concursada, acreedores y también a los trabajadores de poder hacer valer sus pretensiones, en reposición, ante el juez que ha dictado la resolución o, en

⁶⁶⁴ En el caso de que la aplicación de las RLS pudiera conllevar la extinción, suspensión de los contratos laborales o modificación de las condiciones de trabajo se aplicará lo dispuesto en el art. 64LC, remitiéndonos a lo expuesto al tratar del plan de liquidación.

⁶⁶⁵ Vid. RUBIO VICENTE, P.J., “La enajenación de la empresa...”, art. cit., pp. 136-137.; SALA ALCAYDE, A., “Nueva Ley Concursal...”, cit., p. 665; BUFETE MARROQUÍN, “La nueva Ley Concursal...”, cit., pp. 812-813; BELTRÁN, E. – MERCADER, J., “Reglas Legales Supletorias...” cit., p.2384; CASERO LINARES, L., “Art. 149. Reglas Legales Supletorias”, cit, p. 1059.

⁶⁶⁶ No se alcanzan a entender las razones que han llevado al legislador a ofrecer la posibilidad de presentar observaciones o propuestas al plan de liquidación a la par que excluirlas cuando deba decidirse sobre la enajenación de la empresa, sus unidades productivas o elementos separados, a través de las RLS Si la intervención de los representantes de los trabajadores está justificada, no menos lo está la del resto de acreedores, dado su interés por que la decisión que finalmente se adopte sea la que garantice la mejor satisfacción de sus créditos. Vid. ZABALETA, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal* Thomson-Civitas, Cizur 2006, p.286.

su caso, ante el Tribunal de apelación, sobre todo teniendo en cuenta las importantes consecuencias de la decisión adoptada.

5.3 Modalidades de realización unitaria de la empresa o la de sus unidades productivas

5.3.1. La subasta

El legislador ha distinguido entre enajenación⁶⁶⁷ de la empresa como un todo, de la referida a cada uno de sus establecimientos, explotaciones o, en definitiva, unidades o ramas autónomas de actividad. Como quedó expuesto⁶⁶⁸, también estas últimas son entidades económicas con identidad propia, es decir, constituyen un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio. La enajenación como un todo puede decidirla el juez de forma autónoma e independiente de cualquier informe, siempre con la preceptiva audiencia de los representantes de los

⁶⁶⁷ El Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) 16ª edición, define la enajenación como la transmisión a otro del dominio de una cosa o algún otro derecho sobre ella. La realización es la venta, la conversión en dinero de mercaderías o en cualesquiera otros bienes. La realización tendrá un contenido más amplio que la enajenación, circunscribiendo ésta a la transmisión dominical a otra persona de un bien o derecho. En la norma que regula el plan de liquidación, éste se orienta a “la realización de los bienes y derechos... que, siempre que sea factible, deberán contemplar la enajenación unitaria del conjunto...” (art. 148.1 LC), distinguiendo, al parecer, la realización de bienes y derechos en general, de la enajenación de la empresa en su conjunto o la de sus unidades productivas, de manera más precisa que la recogida en la LEC, para el procedimiento de apremio, ya que, aunque en principio distingue la “realización” de los bienes objeto de embargo (art. 634 LEC) de la “enajenación “por medio de persona o entidad especializada o bien mediante subasta judicial (art. 636.2 LEC), vuelve a utilizar el término realización para regular el convenio de realización (art. 640. 1 y a LEC) e incluso realización por persona o entidad especializada (art. 641. 1. I, 4 y 5 LEC) para usar indistintamente, a renglón seguido, “realización o enajenación” en varios epígrafes de este último artículo (641. 1. II y 3 LEC), extendiendo la enajenación a la realización de acciones y otras formas de participaciones sociales (art. 635 LEC) y utilizando la expresión “venta” para la subasta tanto de bienes muebles como inmuebles (art. 643 LEC).

La diferenciación que, al parecer, se dispone en el art. 148.1 LC entre realización y enajenación se encuentra también en las disposiciones que atañen a las RLS, ya que en las Reglas 1ª y 3ª se emplea la expresión “enajenación” para la transmisión como un todo de la empresa, utilizando “realización” para sus elementos divididos y aislados (regla 1ª). Sin embargo, la aplicación del término “enajenación” en la regla 3ª, para los bienes a que se refiere la regla 1ª, así como para los demás bienes y derechos del concursado, que lo harán, según su naturaleza, siguiendo las disposiciones establecidas por la LEC para el procedimiento de apremio, aporta un principio de indefinición que va a servir a la doctrina para posicionarse en puntos de vista bien diferenciados sobre los modos de realización aplicables a la empresa unitaria.

⁶⁶⁸ Vid. el tratamiento como empresas a las unidades productivas autónomas o ramas de actividad, analizado en el Capítulo III.1.1.3.

trabajadores, aunque en modo alguno su opinión sea vinculante⁶⁶⁹. Sin embargo, para acordar la división de la empresa en establecimientos u otras unidades productivas y su posterior enajenación⁶⁷⁰, así como para la venta aislada de sus componentes, el juez necesita preceptivamente solicitar de la administración concursal un informe sobre el particular, así como el de los representantes de los trabajadores (art. 148.3 por remisión del 149.1.1ª LC), aparte de la audiencia debida a éstos, en los quince días anteriores a su resolución.

Una vez adoptada la decisión de enajenar el conjunto o, en su caso, cada unidad productiva (de todas o parte de ellas)⁶⁷¹, “se hará –según dispone la regla 1ª- mediante subasta y si ésta quedase desierta, el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa”⁶⁷². La claridad de la regla 1ª parece enturbiarse, creando incertidumbre en la operativa de enajenación, al disponer la regla 3ª que “los bienes a que se refiere la regla 1ª, así como los demás bienes y derechos del concursado, se enajenarán según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el

⁶⁶⁹ Obsérvese la radical diferencia con la decisión judicial en la enajenación unitaria de la empresa, propuesta en el plan de liquidación. El juez siempre dependerá de la presentación del plan por la administración concursal y, en la liquidación anticipada, de la propuesta de la deudora.. Ante la ausencia de plan, el juez sólo puede acudir a la liquidación mediante las RLS. Ni siquiera valdría la vigencia de la propuesta del plan de liquidación del deudor (art. 6.4 LC), salvo que la administración judicial lo asumiese como propio, presentándolo así al juez, en plazo.

⁶⁷⁰ Es de advertir que el juez no puede adoptar la decisión de enajenar unidades productivas de forma unilateral, desgajadas del conjunto de la empresa. Sólo la enajenación unitaria de la empresa puede decidirla sin solicitar informe de la administración concursal. Su división o el desgajar de la empresa una o varios establecimientos, explotaciones, unidades productivas o ramas de actividad precisará previamente de un informe, no sólo de la administración concursal, sino también de los representantes de los trabajadores, por la transcendencia que para el colectivo laboral puede representar tal medida. Sorprende, como ya hemos indicado con anterioridad, la ausencia de informes o audiencia de sociedad concursada y acreedores, ya que la decisión del juez, al no tener el contrapunto de sus argumentaciones podría no resultar la más conveniente para los intereses del concurso, máxime ante la imposibilidad de presentar recurso alguno contra el pronunciamiento judicial.

⁶⁷¹ Según BELTRÁN-MERCADER la división de la empresa en unidades productivas no significa la imposibilidad de su transmisión de forma conjunta, aunque las distintas unidades productivas o centros de trabajo en que puede dividirse la empresa pueden enajenarse no sólo en conjunto, sino también de forma individualizada, ya que son ramas autónomas de actividad y por tanto con posibilidad de funcionamiento por separado unas de otras, al constituir un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad si no esencial, por lo menos accesoria; incluso cabe su enajenación con el equipo de trabajadores que la integran, ya que su transmisión se considera también, a efectos laborales, sucesión de empresa. Vid. BELTRAN, E.-MERCADER, J., “Reglas Legales Supletorias”, cit., p. 2384.

⁶⁷² La subasta pública había sido el modo tradicional, mediante el cual eran vendidos los bienes inmuebles, -incluso los muebles- del quebrado, disponiéndose incluso que cualquier otro procedimiento dejaría sin valor la venta efectuada (art. 1088 CCº 1829).

procedimiento de apremio”⁶⁷³, es decir mediante convenio de realización, enajenación por persona o entidad especializada o subasta judicial (art. 636 LEC), además de la enajenación de valores cotizados, con arreglo a las leyes que rigen para los mercados secundarios o de los valores sin cotizar en Bolsa, mediante fedatario público, a falta de disposiciones especiales (art. 635 LEC).

¿A qué bienes de la regla 1ª se refiere la regla 3ª? ¿A la empresa en su conjunto y a sus diversas unidades productivas, además de a los elementos componentes de la misma, o solamente a estos últimos? Los distintos Anteproyectos de Ley Concursal constituyen un precedente a tener en cuenta a la hora de resolver el interrogante planteado; en ellos, a excepción de los ALC de 1983 y 1995, se propugna la subasta a la hora de disponer el procedimiento de enajenación unitaria de la empresa, como norma de carácter supletorio. El art.77 del ALC 1959, además de abogar por la enajenación como un todo de la explotación agrícola, industrial o mercantil del concursado –salvo que no fuera posible o conveniente su enajenación- disponía que “la enajenación de la empresa se hará mediante subasta, en la forma establecida para los bienes inmuebles”. El ALC 1983, en su art. 273, y en relación a las unidades de organización productivas de carácter agrícola, industrial o comercial del concursado, disponía que “se enajenarán como un todo cuando se produzcan ofertas que permitan obtener un mayor valor que el correspondiente a la realización

⁶⁷³ “La relación entre la regla 1ª y la regla 3ª del art. 149.1 LC es un tanto desavenida y caótica. Parece decir la regla que los bienes objeto de liquidación, incluso cuando se trate de un conjunto de establecimientos, explotaciones y otras unidades productivas se enajenarán de acuerdo con las normas previstas en la LEC, según la naturaleza del bien. Pero la enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas puede realizarse mediante enajenación directa. La regla 1ª exige en este caso, el fracaso de la subasta, es decir, que ésta quede desierta, pero la LEC permite la enajenación del bien mediante convenio sin requerir el fracaso previo de la subasta”. BLASCO GASCÓ, F., “Comentarios al art. 149”, en SAGRERA, J.M.-SALA REIXACHS, A. – FERRER BARRIENDOS, A., *Comentarios a la Ley Concursal*, T. II, Bosch 2004, p. 1554.

Según RUBIO VICENTE en el tratamiento de la enajenación en las RLS “falta una depurada técnica legislativa”. RUBIO VICENTE, P.J., “La enajenación de la empresa...”, art. cit., p. 138. En esta misma línea se alinea UCEDA OJEDA al indicar que “en este precepto la Ley se ocupa de una manera en parte desordenada, motivada por las distintas enmiendas que ha sufrido el precepto, de regular los medios y criterios que deben utilizarse para la enajenación o realización de los bienes de la masa activa, en atención a la naturaleza de la misma”, existiendo “una contradicción aparente entre las disposiciones del propio precepto, en cuanto que, mientras en el párrafo primero se indica que se llevarán a cabo por subasta pública y si quedase desierta podrá procederse a la enajenación directa, en el apartado tercero se indica que se podrán utilizar los mismos medios que regula la Ley dentro del procedimiento de apremio “. UCEDA OJEDA, J., “La fase de liquidación. Operaciones de liquidación”, en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A., *Derecho Concursal ...*, o.c., pp. 697 y 699.

aislada de sus componentes”. Si no existiera oferta digna para la adquisición de las unidades u organizaciones productivas del concursado o si las ofertas presentadas no resultaren aprobadas, se procederá a la realización por separado de sus diversos elementos componentes (art. 274) que, “en defecto de reglas particulares de liquidación, la enajenación de bienes muebles e inmuebles se realizará de acuerdo con las disposiciones reguladoras del procedimiento judicial de apremio sobre este género de bienes (arts. 276 y 278).

En la propuesta de ALC de 1995, y ya en su epígrafe especial sobre reglas supletorias (art. 189) se regulaba la enajenación como un todo de los establecimientos y las explotaciones del deudor, salvo que fuera más conveniente para la masa la previa división o la realización aislada de los elementos de que se componen. No se disponía un procedimiento específico para la venta de la empresa; tan solo se remitía a las normas reguladoras del procedimiento judicial de apremio para la enajenación de los bienes inmuebles, muebles y valores cotizados en mercado secundario oficial, habilitando, no obstante, al juez, a solicitud de los síndicos y oída la comisión de acreedores, para dispensar que la enajenación se realizase conforme a las normas reguladoras del procedimiento de apremio.

Ya en el ALC del 2000⁶⁷⁴, y en la regla supletoria 1ª del art. 148, se dispone “la enajenación del conjunto (se refiere a la enajenación como un todo del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios) o, en su caso, de cada unidad productiva, se hará mediante subasta y si ésta quedase desierta el Juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa”. “Los demás bienes y derechos del concursado –conforme a la regla 2ª- se enajenarán, según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio”.

⁶⁷⁴ La redacción del art. 148 del ALC 2001, así como la recogida en el Proyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal de 2002, por lo que se refiere a las reglas 1ª y 2ª, es idéntica a la transcrita para el ALC del 2000.

En resumen, y salvo lo dispuesto en el ALC 1983 (enajenación mediante ofertas de compra)⁶⁷⁵, el procedimiento específico regulado en los ALC para la enajenación de la empresa como un todo y la de sus unidades productivas era la subasta. La enajenación directa podría ser autorizada por el juez, en caso de resultar aquella desierta, dejándose las disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio, según su naturaleza (es decir bienes inmuebles, muebles o valores) para “los demás bienes y derechos”. Sin embargo, la inalterada redacción de las RLS en los últimos Anteproyectos es puesta en tela de juicio por algunos Grupos Parlamentarios, mediante la presentación de diversas enmiendas, que dieron lugar a importantes cambios en el texto definitivo. El Grupo Parlamentario *Socialista* en el Congreso proponía que la enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado no fuera la subasta pública sino la “venta directa a través de la administración concursal”, aunque respetando las garantías del art. 640 LEC. Proponía también la posibilidad de enajenar algunos o todos los bienes mediante “entidad especializada”, en base a la dificultad, largamente experimentada, de conseguir el valor real o de mercado de los bienes y derechos mediante subasta⁶⁷⁶. Apoyándose en la aplicación, con rigor, del principio de transparencia en las actuaciones públicas, el Grupo Parlamentario *Vasco* abogaba por materializar la liquidación de todos los bienes y derechos del patrimonio del concursado “únicamente mediante subasta”, suprimiendo, en consecuencia, el procedimiento de enajenación directa⁶⁷⁷. La “subasta pública” era igualmente el modo de enajenación prioritario para las unidades productivas (acudiendo a la enajenación directa si la subasta resultare desierta) propugnado por el Grupo Parlamentario de *Coalición Canaria*, si bien el resto de los bienes y derechos del concursado, se enajenarían según su naturaleza, conforme las disposiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio⁶⁷⁸. Finalmente, el Grupo Parlamentario *Catalán* (CIU) propugnaba que la liquidación de la totalidad de los bienes y derechos del concursado, sin excluir la empresa unitaria y cualesquiera otras unidades productivas,

⁶⁷⁵ Como hemos indicado en el ALC de 1995 no se regulaba un procedimiento específico de enajenación, aunque, con determinados condicionantes, podía ser de aplicación la vía de apremio.

⁶⁷⁶ BOCG núm. A-101-15 (02-12-2002) de Congreso de Diputados, p. 229.

⁶⁷⁷ BOCG núm. A-101-15 (02-12-2002) de Congreso de Diputados, p. 77.

⁶⁷⁸ BOGG núm. A-101-15 (02-12-2002) de Congreso de Diputados, p. 342

deberían enajenarse, según su naturaleza, “conforme a las disposiciones establecidas por la LEC para el procedimiento de apremio”⁶⁷⁹.

La mayor parte de las enmiendas tendían a mantener la subasta, bien como modalidad liquidativa de la empresa unitaria o de sus unidades productivas o de la totalidad de los bienes y derechos que integran el patrimonio del concursado o, en fin, como una de las modalidades establecidas por la LEC para el procedimiento de apremio, primando más la transparencia, la adecuación a un procedimiento rígido, con máximas garantías jurídicas, y la consecución de un remate cumpliendo los formalismos que la subasta pública comporta, que la obtención del mayor valor posible mediante fórmulas menos rigoristas⁶⁸⁰.

En la legislación comparada no es la subasta la modalidad más empleada para la enajenación de la empresa unitaria⁶⁸¹, ya que se opta más bien por procedimientos menos

⁶⁷⁹ BOCG núm. A-101-15 (02-12-2002) de Congreso de Diputados, p. 302.

⁶⁸⁰ Según CASERO LINARES “no puede comprenderse como durante los trabajos legislativos se ensalzara la subasta como la mejor forma de enajenación, cuando históricamente se ha acreditado lo contrario. Las subastas judiciales resultaron caras, lentas y perjudiciales para el ejecutado en la mayoría de los casos, pues casi siempre se pagan a un precio muy inferior al real de lo que se vendía”. CASERO LINARES, L., “Art. 149. Reglas Legales Supletorias”, cit., p. 1060.

⁶⁸¹ Las modalidades de venta, en la reciente legislación concursal comparada, se procura más la efectividad para conseguir los objetivos que se pretenden con la liquidación que la rigidez formalista de los procedimientos tradicionales, especialmente la subasta, que iba dirigida más a asegurar la transparencia y legalidad del procedimiento que la eficacia del resultado. En la Ley de empresas 2002, actualmente en vigor en el *Reino Unido* el administrador judicial tiene amplia libertad en lo referente a la realización de los bienes del deudor, aunque en relación a la venta de la empresa unitaria su objetivo, es evitar su desmembramiento, procurando obtener el mayor valor posible; debe presentar sus propuestas en junta de acreedores para su aprobación; de todos modos, en caso de urgencia y ante una oferta de compra de la empresa, que juzgue muy positiva para los acreedores, puede actuar sin haberla presentado previamente en Junta. En el Código de la Insolvencia y de la Recuperación de Empresas, vigente en *Portugal* desde el 2004, el administrador de la insolvencia tiene libertad para escoger cualquier modalidad de enajenación (art. 164), aunque la venta directa es el procedimiento más indicado especialmente para la venta de la empresa unitaria o de sus establecimientos, así como de aquellos bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial. Para el Código de Insolvencia portugués la empresa debe enajenarse como un todo, salvo propuesta más satisfactoria de venta por partes, necesitando el consentimiento de la comisión, si existe, o de la asamblea de acreedores; sin embargo, la venta efectuada sin su consentimiento es, en principio, válida salvo que las obligaciones asumidas por el Administrador de la Insolvencia excedieren de forma manifiesta de las asumidas por la contraparte. Para la Ley francesa de salvaguarda de las empresas de 2005 la cesión de la empresa o de ramas susceptibles de explotación autónoma se sustancia mediante ofertas de compra, dirigidas al liquidador o administrador judicial, en las que el ofertante debe detallar, entre otras cuestiones, su proyecto económico, la relación de bienes y derechos que deben incluirse en la empresa unitaria, la aportación de garantías tanto para el bien fin de la ejecución de la oferta, como para asegurar el pago aplazado –expresamente admitido en la norma-. El Tribunal, con la información del liquidador o administrador judicial, y sin necesidad del consentimiento de acreedores o entidad deudora, selecciona la

rigoristas, pero más efectivos, como las ofertas de compra, en la Ley de salvaguarda francesa, siendo también una de las posibilidades, en la Ley de empresas del Reino Unido; la elección que mejor considere el Administrador (Ins0 alemana y Código de la Insolvencia en Portugal) y la venta mediante medios competitivos, utilizando incluso entidades especializadas, asegurando adecuadamente la publicidad, máxima información, participación de los interesados en la compra y la obtención del máximo valor, en la Reforma Orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales en Italia, amplían el abanico de posibilidades de enajenación de empresas, sin recurrir de modo prioritario a la subasta.

Quizá apoyados en la tendencia observada en otras legislaciones respecto a las fórmulas de enajenación de la empresa unitaria, un sector doctrinal considera que la subasta o la enajenación directa, si aquélla quedase desierta (regla 1ª), tiene que coordinarse con los modos de realización establecidos en la LEC para el procedimiento de apremio⁶⁸².

oferta que garantiza las mejores condiciones para el mantenimiento del empleo, vinculado a la actividad cedida y para el pago a los acreedores (art. L 642-5). La Ley Concursal *alemana* de 1994 (*Ins0*) deja en manos del administrador de la insolvencia la modalidad de enajenación de la empresa, la configuración del precio y demás condicionantes de la venta. El administrador debe pedir autorización a la comisión o, en su defecto, a la junta de acreedores para la enajenación de la empresa, imponiendo la Ley dos importantes condiciones: la celeridad en su liquidación (§152.III y 159) y la prohibición de venta sin autorización a los administradores de la sociedad deudora, personas especialmente allegadas y a determinados acreedores significativos (§ 160). Finalmente, en la Reforma Orgánica de la Disciplina de los Procedimientos Concuriales, vigente en *Italia* desde 2006, y en su art. 105, se dispone la venta unitaria de la empresa o de sus ramas de actividad, siempre que la liquidación de sus elementos separados no satisfaga en mayor medida los créditos de los acreedores, venta que lleva a cabo el curador, a través de procedimientos competitivos (art. 107), incluso mediante persona o entidad especializada y asesoramiento de expertos, asegurando de manera adecuada la publicidad y la máxima información y participación de los interesados en la adquisición. La Reforma concursal italiana admite igualmente la cesión del activo y del pasivo de la empresa o de sus ramas de actividad, incluso por traspaso a una sociedad de nueva constitución, asumida por el adquirente, así como que el pago del precio de la enajenación pueda llevarse a cabo mediante la asunción de deudas por el adquirente, siempre que no resulte alterada la graduación de los créditos. Vid. in extenso las modalidades de venta en la legislación comparada, en el Capítulo I. 3. 3.

⁶⁸² Según RUBIO VICENTE “si en un primer momento somete esta enajenación (la de la empresa) al procedimiento de subasta y sólo si ésta queda desierta puede concederse por el juez la enajenación directa – regla 1ª –, con posterioridad aplica con carácter general tanto a la enajenación de la empresa como al resto de bienes y derechos del concursado según su naturaleza, las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio –arts. 634 y ss -“. RUBIO VICENTE, P. J., “La enajenación de la empresa...”, art. cit., p. 137. Para CASERO LINARES la contradicción existente entre la redacción de la regla 1ª –sobre la enajenación mediante subasta de la empresa en su conjunto- y la regla 3ª –“que se remite a las disposiciones de la LEC, incluyendo todos los bienes a que hace referencia la regla 1, por tanto también la empresa en su conjunto- puede permitir la enajenación incluso de empresas o unidades productivas por

La postura más generalizada se decanta por considerar a la subasta pública como la vía preferente dispuesta por el legislador para la enajenación de la empresa unitaria y la sus unidades productivas autónomas, dejando como subsidiaria la enajenación directa para el caso de quedar la subasta desierta. Para algunos autores “la realización unitaria de los bienes anteriores (consideramos que la referencia es a la empresa en su conjunto) se hará mediante subasta y, si quedase desierta, el juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa⁶⁸³. Según esa corriente doctrinal, se excluye, en la enajenación global de la empresa o de sus unidades productivas, el convenio de realización (art. 640 LEC) porque esa función pudo llevarse a cabo en la fase de convenio (art. 100. 2 LC), e incluso fracasada esa posibilidad, a través del plan de liquidación. Se excluye también la realización a través de persona o entidad especializada (art. 641 LEC) porque si la subasta queda desierta, la administración concursal –si el juez acuerda proceder a través de la enajenación directa- puede llevar a cabo la venta de la empresa, auxiliada por especialistas que cumplen aquella función. Incluso podrían utilizar los servicios de terceros especializados en venta de empresas mediante subasta privada (art. 641.1.II LEC), si así lo decidiese el juez, sin conculcar su realización mediante subasta.

cualquiera de los métodos que actualmente se recogen en la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que indudablemente repercutirá en obtener un mejor precio”. CASERO LINARES, L., “Art. 149. Reglas Legales Supletorias”, cit., p. 1060. Para MORALEJO, aunque hay una coincidencia entre lo que establece la regla 1ª y la regla 3ª, sobre la enajenación de establecimientos, explotaciones y cualesquiera unidades productivas de bienes y servicios, tal coincidencia es sólo aparente, ya que el procedimiento de apremio de la LEC “no solo contempla la subasta como vía de realización de los bienes embargados, hipotecados o pignorados, sino también el llamado convenio de realización (art. 640 LEC) o la venta por persona o entidad especializada (arts. 641 y 642 LEC). La mención de la subasta en la regla 1ª no debe excluir los otros modos de realización de la LEC, aunque es obvia la preferencia que el legislador procesal sigue demostrando por la subasta. Vid. MORALEJO IMBERNÓN, N., “De las operaciones de liquidación”, cit., p. 1612.

⁶⁸³ CORDÓN MORENO, F., “Comentario al art. 149”, en CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a la Ley Concursal*, o.c., p. 997. En parecidos términos se pronuncia CUESTA RUTE, J. Mª., “La fase de liquidación”, cit. pp. 270-271, así como BELTRÁN, E. – MERCADER, J., *Reglas Legales Supletorias*, cit., pp. 2385 y 2386. UCEDA OJEDA, después de señalar el procedimiento de apremio como regla general para la enajenación o realización de los bienes de la masa activa en atención a la naturaleza de los mismos, señala la aparente contradicción que supone el párrafo primero del art. 149 al indicar “que se llevarán a cabo por subasta pública y si quedase desierta podrá procederse por la enajenación directa”, con el apartado tercero en el que “se indica que se podrán utilizar los mismos medios que regula la ley dentro del procedimiento de apremio. La contradicción debe solucionarse por dar preferencia al contenido del párrafo primero que impone que se realice la venta por subasta pública y sólo si quedase desierta se lleve a cabo la enajenación de la finca (sic), cuando se trate de establecimientos, explotaciones que se venden en su conjunto, mientras que sería aplicable el apartado tercero, que impone el procedimiento de apremio, cuando no se vendan en su conjunto explotaciones sino sus elementos aislados. UCEDA OJEDA, J., “La fase de liquidación. Operaciones de liquidación”, cit., pp. 697 y 699.

Apartándose del criterio establecido por la regla 1ª, en cuanto al modo de realización de la empresa unitaria o de sus unidades productivas, hay quien considera prioritario frente a la subasta el sistema de enajenación mediante una especie de concurso, al que no cabe considerar subasta en sentido técnico, en el que se valorará no sólo el precio ofertado sino también la experiencia y solvencia del adquirente y otros aspectos cualitativos, dejando a la adjudicación directa el papel subsidiario para el caso de ausencia de ofertas de compra o inadecuación de las mismas⁶⁸⁴.

En una línea todavía más divergente GALLEGO SÁNCHEZ relega la subasta judicial a un puesto secundario en lo que se refiere a la enajenación de la empresa. Partiendo de los criterios exclusivamente económicos, a los que debe someterse la subasta judicial – integrada entre los procedimientos en vía de apremio- que contradicen la finalidad preponderantemente conservativa de la empresa y de los puestos de trabajo, postulada por la regla 3ª, concluye que en modo alguno el criterio de las normas supletorias es imponer la subasta como modalidad ordinaria para la venta de la empresa, sino tan solo incluirla como una más, y no de la mayor relevancia, dentro de las formas de realización de la empresa globalmente considerada o de sus unidades productivas. Desde la preferencia que la LC concede a la venta de la empresa unitaria o de sus ramas autónomas de actividad, respecto a la de sus elementos aislados, los criterios para esa enajenación son específicos y en consecuencia deben orientarse hacia una norma especial de enajenación, en contraposición a las normas generales de la LEC o de la subasta o adjudicación directa. Esa norma carecería de sentido si sólo atendiese a obtener la mejor oferta económica, conculcando así lo establecido en el párrafo segundo de la regla 3ª sobre los criterios de preferencia en la elección de la mejor oferta. Limitar la aplicación de esos criterios a la enajenación directa y sólo en los casos de fracaso de la subasta sería un contrasentido, ya que la LC no está estableciendo en este punto un procedimiento, sino un conjunto de

⁶⁸⁴ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El plan de liquidación y las reglas supletorias de liquidación en el concurso”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, T.V, Madrid 2005, p. 4888.

criterios de intereses protegibles que no pueden quedar limitados o subordinados al fracaso de determinadas formas de enajenación.

Basándose en lo que supone debiera ser el pensamiento del legislador a la hora de satisfacer el crédito de los acreedores cuando se ha producido el embargo de empresas –y que sería a través de la administración para pago (arts. 676 ss. LEC), ya que responde al interés de mantener la actividad de la empresa, salvaguardar a los trabajadores y satisfacer a los acreedores-, llega a la conclusión de que la LC, cuando considera preferente la venta unitaria de la empresa o de sus unidades productivas, está de algún modo excluyendo la subasta, al no satisfacer los intereses que la LEC contempla, incluso para los casos de embargo de empresas. Sin embargo, como en el concurso no cabe la administración para pago a los acreedores, debe entenderse que la venta ha de responder a los intereses que son comunes a la empresa como objeto de un proceso de ejecución, procediendo a su venta o la de sus unidades productivas mediante la enajenación directa, conforme a las reglas especiales previstas en el párrafo segundo de la regla 3ª⁶⁸⁵.

La argumentación de esta autora parece estar en la línea de la enmienda del G.P. socialista sobre la regla supletoria 1ª en la que se proponía excluir en todo caso la subasta para la venta de empresas, otorgando a la administración concursal la capacidad de venta de las mismas, en base a los fines especiales propios del concurso.

Estas últimas posiciones apoyan su argumentación en el último párrafo de la regla 3ª en el cual se dispone que “en caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que

⁶⁸⁵ Vid. GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, La Ley, Madrid 2005, pp. 472 a 474. En parecida línea se pronuncia HUALDE cuando afirma que “la enajenación directa ha de constituir el método preferente de transmisión, total o parcial, de los establecimientos, explotaciones y del resto de unidades productivas de bienes y servicios de que la empresa se conforma, en la medida que es el que mejor posibilita la graduación de las ofertas presentadas en función de todos los intereses comprometidos en el concurso; siempre con la subasta como sistema residual para el caso de inexistencia de ofertas de compra o de falta de adecuación de las que se hayan propuesto”. HUALDE LÓPEZ, I., *La Fase de Liquidación...* o.c., p. 362.

garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores”. Si, como hemos analizado, las posiciones doctrinales eran encontradas ante la “aparente contradicción” de la regla 1ª con el primer párrafo de la regla 3ª, en orden a la prelación bien de la subasta, de la venta directa o de las disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio en la enajenación de la empresa como un todo o de sus unidades productivas, se añade ahora, como nueva dificultad interpretativa, el párrafo transcrito de la regla 3ª y su integración en la solución o soluciones que se alumbren en orden a la liquidación de la empresa o de sus ramas autónomas de actividad⁶⁸⁶.

Antes de decantarnos por la modalidad que consideramos más ajustada a lo dispuesto por el legislador analizaremos en primer lugar la dicción literal del precepto. La regla 1ª dispone –para la enajenación de la empresa unitaria o de sus unidades productivas- que “se hará” mediante subasta. No dice que “puede realizarse” sino “se hará”, es decir “debe realizarse” por subasta o, ante su fracaso, el juez “podrá acordar (no acordará)” que se proceda mediante enajenación directa. El legislador, en esta regla 1ª, no expone la modalidad de realización aislada de los elementos componentes aislados. Tan solo indica – y de forma imperativa por lo que respecta a la subasta- la modalidad de venta de la empresa y de sus unidades productivas. Por otra parte, en la regla 3ª se dispone, en primer lugar, la enajenación de “bienes a que se refiere la regla 1ª”. ¿Qué bienes ha dejado la

⁶⁸⁶ De todos modos, y aún contemplando la totalidad de lo dispuesto en las reglas 1ª y 3ª, para parte de la doctrina –como ya expusimos con anterioridad- continúa siendo la subasta el procedimiento primero y principal para la enajenación de la empresa o de sus unidades productivas. CORDÓN MORENO no varía su posición: la realización unitaria de los bienes anteriores (empresa en su conjunto o unidades productivas) se hará mediante subasta”; aunque al desarrollar la realización por este procedimiento deja claro que no son aplicables al concurso todas las normas que disciplinan el procedimiento de apremio en la ejecución singular. Las ofertas de compra, el plazo de presentación y la consideración de las preferencias las excluye de la subasta al incardinarlas en la enajenación directa. CORDÓN MORENO, F., pp. 997 y 1000. BELTRÁN- MERCADER no sólo abogan por la aplicación de la regla 1ª en la venta unitaria de la empresa o de sus unidades productivas, sino que indican que la LC “excluye la posibilidad de una ejecución por convenio de realización o por persona o entidad especializada. Al igual que CORDÓN MORENO indican que el régimen general de la subasta que contempla la LEC se aplicará “con las necesarias especialidades derivadas de la existencia del concurso”. Sin embargo, abogan por la posibilidad de aplicar a la subasta las preferencias que dispone la regla 3ª. BELTRÁN, E., - MERCADER, J., “Reglas Legales Supletorias”, cit., pp. 2386-2387. DE LA CUESTA RUTE considera también la subasta como modalidad principal y que en ella “se dispondrá de un plazo para presentar ofertas”, sobre las cuales la ley dispone los criterios de preferencia. DE LA CUESTA RUTE, J. Mª, “La fase de liquidación”, cit., p.270.

regla 1ª sin reglamentar su enajenación? No parece que se refiera a la empresa en su conjunto o por unidades productivas. Para ellas ha dispuesto ya la modalidad de su enajenación cual es, en primer lugar, la subasta. Deberíamos concluir que los bienes a que hace referencia la regla 1ª son los elementos componentes aislados de la empresa para los que, repetimos, el legislador ha dejado sin reglamentar el modo de su enajenación. Y lo hace –probablemente de manera poco acertada y no fácilmente inteligible- integrando su modalidad de enajenación con la de otros bienes y derechos de la entidad concursada, la cual –además de la empresa unitaria o de sus elementos componentes- puede ser titular de otros bienes y derechos ajenos a la empresa y que constituyen también la masa activa concursal.

Ya en el ALC de 1959 se indicaba –art. 77- que la enajenación de la empresa será mediante subasta, disponiendo en los artículos siguientes la venta de los bienes muebles, inmuebles y valores de acuerdo con las formalidades establecidas en la LEC. Los ALC de 2000, 2001, así como el Proyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal de 2002 recogen literalmente en la regla 1ª del art. 148 que la enajenación del conjunto o de cada unidad productiva se hará mediante subasta. No se dispone la forma de realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes. Sin embargo, en la regla 2ª se recoge la enajenación, –según su naturaleza, conforme a las disposiciones de la LEC para la vía de apremio- de “los demás bienes y derechos del concursado”. Es decir, subasta para la empresa como un todo o de cada unidad productiva y para sus elementos componentes y cualquier otro bien o derecho que hubiera en la masa pasiva, aplicación de las normas que la LEC dispone para el procedimiento de apremio.

El art. 149 –en el comienzo de su regla 3ª- en lugar de recoger esta dicción de diáfana interpretación, y quizá para clarificar más el significado –¡penosa clarificación!- sustituye “los demás bienes y derechos del concursado” por “los bienes a que se refiere la regla 1ª, así como los demás bienes y derechos del concursado”, quizá pensando que era preciso

recoger en la formulación, de forma expresa, también los “bienes” de la regla 1ª, para los que no se había indicado todavía la modalidad para su realización⁶⁸⁷.

Analizaremos a continuación la interpretación analógica de los vocablos “bienes” y “empresa”, a la luz de su significación en los distintos preceptos recogidos en la LC.

En distintas normas de la Ley Concursal a la empresa se le denomina establecimiento (art. 10.3); establecimiento, explotación o cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios (arts. 44.4, 148. 1 y 149.1 .1ª); unidad económica con identidad propia (art. 149. 2) y específicamente como empresa viene reflejada en los arts. 64. 2, 3, 4, 5 y 10; 100, 1 y 149.1.3ª.II o como grupo de empresas en el art. 6.2.2º, pero nunca a la empresa –ni en su conjunto ni considerada en sus unidades productivas- se le califica simplemente “bien”, como, al parecer, pretende algún sector doctrinal, identificando la empresa con los bienes expresados en el párrafo 1º de la regla 3ª⁶⁸⁸. La LC emplea el vocablo “bien” o “bienes” para referirse a uno o varios muebles, inmuebles o valores. A título de ejemplo citaremos el embargo de los bienes y derechos de los administradores o

⁶⁸⁷ Posiblemente una formulación similar a la que propuso el G.P. Catalán (CIU) -si se hubiera pretendido la enajenación unitaria de la empresa y la de sus elementos componentes mediante un procedimiento único-hubiera zanjado la cuestión. La enmienda de ese G.P. era del siguiente tenor: “Todos los bienes y derechos del concursado, incluidos los establecimientos, explotaciones y cualesquiera unidades productivas a que se refiere la regla anterior, se enajenarán según su naturaleza, conforme a las disposiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio”. BOCG, núm. A-101-15 (02-12-2002) de Congreso de los Diputados.

⁶⁸⁸ En la línea de unificar “empresa” y “bien” BUFETE MARROQUÍN, indica que “sorprende pues que el legislador se haya reafirmado en la obligación ineludible de la subasta pública para la venta de todos los bienes del concursado...”, ratificando su postura del siguiente modo: “se advierte cierta confusión entre la regla 1ª y el epígrafe tercero de este mismo apartado 1. Según la 1ª regla resulta indiscutible la necesidad, en todo caso, para la realización de los bienes allí recogidos, de previa subasta.... Sin embargo la regla 3ª, al referirse a la realización de todos los bienes del concursado, es decir incluidos en los de la regla 1ª, se remite sin excepciones a la vigente LEC...” (todos los subrayados son nuestros). BUFETE MARROQUÍN “Art. 149. Reglas Legales Supletorias”, en AAVV, *La nueva Ley Concursal: Comentarios y Formularios a la Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal*, T.I, Grupo Difusión, 2003, p. 814. A nuestro juicio, no parece que la regla 1ª imponga la subasta para “la enajenación de los bienes que allí se recogen”. En primer lugar porque la imposición viene referida tan solo a la empresa en su conjunto y a sus unidades productivas. No existe pronunciamiento alguno sobre la realización de los distintos componentes de la empresa. Además, denominar a la empresa simplemente como un “bien”, parece del todo impropio, ya que la LC en ninguna de sus disposiciones, la designa de ese modo. En consecuencia, la regla 3ª no se refiere a la realización de todos los bienes del concursado, incluidos en la regla 1ª “sin excepciones”, sino, como ya hemos argumentado, a aquéllos sobre los cuales la regla 1ª nada ha dispuesto: los componentes aislados de la empresa, así como los demás bienes y derechos del concursado.

de los socios (art. 48, nn. 3 y 5); bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial (art. 55.1); contrato de adquisición de bienes y derechos muebles o inmuebles con precio aplazado (art. 69); bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor (art. 73.2); los bienes de propiedad ajena en poder del concursado (art. 80.1) o los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial (art. 155). Y cuando, en alguna ocasión, la LC desea referirse a la empresa como totalidad de bienes y derechos expresamente lo señala, como ocurre en el art. 100. 2, al tratar de proposiciones alternativas a la propuesta de convenio, entre las que incluye la de enajenación “del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial” (el subrayado es nuestro).

La LC distingue con nitidez empresa y bienes integrados en la empresa; la empresa puede ser un conjunto de bienes y derechos, pero siempre que se afecten a la unidad empresarial o a determinadas unidades productivas (art. 100.2). Por ello tenemos que concluir que desde una interpretación analógica de la terminología utilizada por la LC, cuando la regla 3ª del art. 149.1 se refiere a “bienes”, no hace alusión a la empresa en su conjunto o a sus unidades productivas sino, precisamente, a aquellos elementos componentes aislados, cuya enajenación no había sido contemplada en la regla 1ª y estaban necesitados de una alusión a la forma de llevar a cabo su realización.

¿Qué razón habría en disponer imperativamente la subasta, como primer modo de realización para la empresa como un todo (regla 1ª) para después dejar al arbitrio del juez que ese mismo procedimiento de subasta pueda ser preterido por la elección de un convenio de realización o fuera llevada a cabo por persona o entidad especializada (art. 636 LEC, al que hace referencia la regla 3ª del art. 149.1. LC)?

Si el criterio de enajenación tanto para la empresa como para sus componentes aislados hubiera sido el de las disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio sobraba no sólo el carácter imperativo establecido al efecto en la regla 1ª, sino también la referencia a su venta mediante subasta, ya que la subasta es uno de los procedimientos de realización por vía de apremio. Además la regla supletoria 1ª alude a la subasta, sin ningún calificativo, en contraposición con el art. 636.2.2º de la LEC en la que se refiere a

la subasta “judicial”⁶⁸⁹. De esta manera, la regla 1ª ha querido diferenciar claramente que el primer procedimiento de enajenación de la empresa unitaria o de sus ramas autónomas de actividad es la subasta, de modo genérico, sin ningún calificativo que constriña al procedimiento. En consecuencia, el concepto elegido por el legislador para esta forma de enajenación no se corresponde en puridad con el que resulta indirectamente aludido por el legislador en la regla 3ª, es decir una de las disposiciones del procedimiento de apremio para la enajenación de los componentes separados de la empresa y demás bienes y derechos de la entidad concursada, cual es la subasta “judicial” (art. 636.2.2º LEC). Y decimos que es una, -y no la única- de las formas de realización de esos bienes ya que, además del convenio de realización, es posible su enajenación por persona o entidad especializada. Sin embargo, para la realización de la empresa unitaria o de sus ramas de actividad no le cabe al juez la elección del procedimiento: la subasta es elegida imperativamente por Ley, en primer lugar. Lo que si puede, a nuestro parecer, el juez es disponer que la subasta, aunque se lleve a cabo siguiendo, en lo esencial, las normas de la LEC, se ajuste a aquellas variables que considere más convenientes para los intereses del concurso, sin olvidar la presentación de ofertas de compra –como más adelante analizaremos- y los diferentes condicionantes a los que deben ajustarse los oferentes⁶⁹⁰.

De lo expuesto, parece que las disposiciones sobre realización contenidas en la regla 1ª y en el párrafo 1º de la regla 3ª deban aplicarse a enajenaciones distintas: a la empresa como un todo y a sus unidades productivas tan solo pueden aplicarse, como modalidades de venta, la subasta y la venta directa, si aquélla resultare desierta; y “para todos los elementos componentes” (regla 1ª), conceptuados como bienes en la regla 3ª, y “los demás bienes y derechos del concursado” (regla 3ª), es decir todos los que componen la masa activa del concursado, fuera de la empresa, cualquiera de las modalidades

⁶⁸⁹ El art. 641.1.II LEC, al referirse a la realización por persona o entidad especializada de los bienes embargados, dispone que el Tribunal puede acordar su enajenación por persona especializada pública o privada, acomodando la venta “a las reglas y usos de la casa o entidad que subasta o enajene”. Cabe, por tanto, la subasta en este tipo de realización.

⁶⁹⁰ “En puridad de criterios esto no es una subasta al uso en sentido técnico jurídico, sin embargo, la singularidad del proceso en el que se inserta justifica sin perder del todo su identidad con esta naturaleza jurídica la introducción de elementos que suavicen su rigidez y abstracción y orienten la decisión judicial definitiva en consonancia con los principios conservativo y solutorio que gobiernan el concurso”. RUBIO VICENTE, P. J., “La enajenación de la empresa...”, art. cit., p. 138.

establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio. Coincidimos con la postura de la práctica totalidad de la doctrina que la enrevesada redacción de estas reglas dificulta en gran medida su correcta interpretación, debiendo hacer un esfuerzo analítico considerable para llegar a clarificar su contenido. Como anteriormente indicamos, quizá esa dificultad provenga de las adiciones resultantes de las distintas enmiendas que fueron aprobadas en las sesiones del Congreso y Senado y que se integran de forma precipitada, sin un periodo de reflexión que articulase el proyecto de norma inicial con las inclusiones que fueron sucediendo en el periodo de sesiones.

Pero no debe inferirse de lo hasta ahora expuesto, que coincidamos favorablemente con la formulación normativa para la enajenación de la empresa en su conjunto o de sus ramas autónomas de actividad. El procedimiento de subasta, como primera modalidad de enajenación de la empresa, ni encaja fácilmente con las preferencias que para las ofertas de compra dispone el párrafo segundo de la regla 3ª –sobre todo con la continuación de la actividad empresarial y la permanencia de los puestos de trabajo–, ni generalmente suele ser la mejor fórmula para alcanzar el mayor precio, con lo que tampoco parece poder ayudar a conseguir la mejor cobertura para los créditos de los acreedores⁶⁹¹.

Supuesta la subasta como primer procedimiento normativo para la enajenación de la empresa unitaria o de sus unidades productivas, resta por dar cumplida respuesta a dos interrogantes de primordial importancia: 1 ¿debe atenerse la subasta a las disposiciones establecidas para el procedimiento de apremio? 2 ¿Serán de aplicación a la subasta la presentación de ofertas de compra de la empresa y, por ende, los criterios de preferencia regulados en el párrafo segundo de la regla 3ª o bien a esa disposición legal sólo debe atenerse cuando se proceda, en su caso, a la enajenación directa?

⁶⁹¹ VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El Plan de liquidación y las Reglas supletorias”, cit. p. 4888. CASERO LINARES, L., “Art. 149. Reglas Legales Supletorias”, cit., p.1060

5.3.1.1 Criterios de aplicación a la subasta de la empresa

Como indicamos con anterioridad la norma no establece la subasta judicial. La LC no especifica la modalidad de la subasta. Nada obsta, por tanto, a pensar que pudiera autorizarse otro género de subasta alternativa, como la subasta notarial (art. 261 LPL)⁶⁹² o la efectuada por persona o entidad especializada (art. 641.1. II. in fine. LEC)⁶⁹³, siempre que no se conculquen los fines a los que debe orientarse la subasta concursal⁶⁹⁴. Como puede suceder, igualmente, en la realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, para los que tampoco se califica de judicial la subasta (art. 155,4 LC)⁶⁹⁵. Por supuesto el juez no sólo controlará su desarrollo, sino que aprobará el remate,

⁶⁹² El art. 261.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (R.D. Legislativo 2/1955 de 7 de abril) ya recogía la posibilidad de subasta notarial para liquidar los bienes objeto de embargo, distinguiendo esta modalidad de la subasta judicial : “Para la liquidación de los bienes embargados, podrán emplearse los siguientes procedimientos:... b) Por subasta ante “fedatario público”, en los términos que se establezcan reglamentariamente. c) Mediante “subasta judicial”, en los casos en que no se empleen los procedimientos anteriores”.

⁶⁹³ En el art. 641.1.II in fine LEC se dispone, para la realización por entidad especializada, pública o privada, que “la enajenación se acomodará a las reglas y usos de la casa o entidad que” subaste” o enajene, siempre que no sean incompatibles con el fin de la ejecución y con la adecuada protección de los intereses de ejecutante y ejecutado”.

⁶⁹⁴ En el IV Congreso de Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo mercantil, se planteó la siguiente cuestión “Cuándo el art. 149.1.1ª LC habla de subasta judicial como forma de enajenación de unidades productivas, ¿se refiere necesariamente a la forma de subasta regulada en la LEC o admite subastas, siempre en el Juzgado, pero sin los requisitos de la LEC, referentes a anuncios, depósitos de los postores, apertura de plicas cerradas...? La conclusión fue clara: no cabe subsumir la subasta que dispone el art. 149.1.1 LC en el concepto de subasta judicial que enmarca la LEC para el procedimiento de apremio, sino que puede interpretarse como “subasta en sede judicial”. “El término subasta judicial del art. 149 1.1ª LC –se indica en la conclusión- puede ser entendido en un sentido amplio o genérico, como forma de realización de la unidad productiva mediante una **licitación pública en sede judicial**, pero sin que tenga que reunir todos los requisitos exigidos en los arts. 643 y ss. LEC, sobre plazos, anuncios, depósitos de postores, apertura previa de plicas cerradas..., lo que permite agilizar el trámite de realización y puede facilitar la búsqueda de postores, siempre que se respeten unas garantías de publicidad y libre concurrencia. A esta interpretación coadyuva la disposición del párrafo. 2º del art. 149.1.3ª LC, al señalar que en la enajenación de unidades productivas o conjunto de la empresa serán preferidas las ofertas que garanticen la continuidad de la actividad empresarial y el mantenimiento de puestos de trabajo. La valoración de tales criterios, y de la circunstancia de en qué grado concurren en cada oferta, es difícilmente casable con el desarrollo de las subastas previstas en la LEC, donde sólo se previenen ofertas de precio, sin más condición.” IV Congreso de Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo mercantil. Conclusión 14. RcP 9/2008, Documentos. La Ley, pp. 410.411. A nuestro juicio, la contestación, aunque correcta posiblemente se quede corta, ya que podrían caber dentro del concepto genérico de “en sede judicial”- subastas notariales (art. 261 LPL) o por entidad especializada (art. 641.1.II LEC), bajo control judicial, siempre ajustadas a las bases dispuestas por el juez.

⁶⁹⁵ Para la realización de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el art. 155.4 LC dispone que se hará en subasta, salvo que el juez autorice la venta directa”.

mediante auto o, ante la ausencia de posturas, podrá acordar que se proceda a la enajenación directa.

Cabe, por tanto, deducir que la subasta, imperativamente impuesta por la LC en la regla supletoria 1ª para la enajenación de la empresa en todo o en parte, no tiene por qué atenerse a las disposiciones establecidas para la vía de apremio en la LEC, como por otra parte si se les aplicará –adecuando el procedimiento a la ejecución colectiva concursal- a la enajenación de los elementos componentes aislados y al resto de los bienes y derechos del concursado, cuando la opción elegida para su enajenación, dentro del elenco de posibilidades habilitadas por los arts. 635 y 636 de la LEC, sea la subasta judicial.

Partiendo de estas premisas parece asumible considerarla como una subasta atípica, no sólo por prescindir de alguna de las disposiciones establecidas en el procedimiento de apremio para la subasta judicial, sino por estar incardinada en la singularidad de un proceso que, sin conducir a la subasta a una pérdida de su naturaleza jurídica, le obliga a recoger en su pliego de condiciones la asunción de ofertas de compra que se presenten en plazo, así como aprobar el remate en base a unos criterios atípicos de preferencia –que deberán ser conocidos previamente por los licitadores-, que no se refieren exclusivamente al mejor postor –si por ello se entiende al que haya ofertado un mayor precio en función del valor base (arts. 650 y 670 LEC)- sino al que logre un mejor equilibrio entre los criterios de preferencia establecidos en el condicionado de la subasta, y que deberán ser los recogidos en el último párrafo de la regla 3ª, ofreciendo mayor garantía y seguridad en su cumplimiento⁶⁹⁶. En base a la atipicidad de la subasta, en cualquiera de las variantes que el juez considere oportuno convocarla, nada obsta a que se introduzcan determinadas variantes en el contenido del pliego de condiciones –además de las ofertas de compra y los

⁶⁹⁶ Para RUBIO VICENTE parece claro que el procedimiento de subasta debe ser referido a la enajenación unitaria de la empresa. “El problema se plantea, sin embargo, en la necesaria coordinación del procedimiento de subasta con lo dispuesto en el último inciso de esta regla 3ª, relativo a la fijación de plazos para la presentación de ofertas de compra y los criterios de discriminación o preferencia entre ellas”. Indica más adelante que “en puridad de criterios ésta no es una subasta al uso en sentido técnico jurídico, sin embargo, la singularidad del proceso en el que se inserta justifica sin perder del todo su identidad con esta naturaleza jurídica, la introducción de elementos que suavicen su rigidez y abstracción y orienten la decisión judicial definitiva en consonancia con los principios conservativo y solutorio que gobiernan el concurso”. RUBIO VICENTE, P. J., “La enajenación de la empresa..., art. cit., pp. 137-138.

criterios de preferencia para su evaluación- con relación al procedimiento, la valoración de la empresa (siempre que no sea suficiente la incorporada al informe relativo al inventario de la masa activa) y la relación de medios públicos y privados que se utilicen para su publicidad.

Por lo que se refiere a las disposiciones establecidas por la LEC para la subasta, en la ejecución singular, ni es indispensable su cumplimiento ni, en puridad, es posible aplicarlas en su totalidad al ser el concurso un procedimiento universal⁶⁹⁷, teniendo en cuenta además la complejidad que supone la enajenación de una universalidad de bienes y derechos, como es la empresa y sin olvidar la asunción de unos criterios de preferencia sobre las ofertas de compra, con intereses antagónicos –sobre todo entre trabajadores y acreedores-, que trasciende al interés exclusivamente privado. Ello no obsta para que, siempre que sea posible y no conculque sus fines concursales, la subasta se ajuste a las normas que la regulan en el procedimiento de apremio⁶⁹⁸.

Si la valoración de la empresa tuviera que actualizarse, por el deterioro de todos o parte de los bienes y derechos que constituyen el activo empresarial o por haberse producido una variación en su valor (en los inmuebles, maquinaria, patentes, métodos de fabricación, etc.) e incluso –cuando a la liquidación le hubiere precedido un convenio fracasado- por posibles embargos⁶⁹⁹, ventas o adquisiciones producidas en esa fase, no es preciso utilizar el procedimiento dispuesto en la LEC (arts. 638 y 639), sino que será la propia administración concursal –por mandato del juez-, con el asesoramiento de los expertos la que considere conveniente, quien deba llevarla a cabo.

⁶⁹⁷ “El carácter genérico y sin limitaciones de la remisión a los sistemas de realización de la LEC, contenido en el art. 149. 3 LC no debe llevarnos a pensar que son aplicables en el concurso todas las normas que disciplinan el procedimiento de apremio en la ejecución singular”. CORDÓN MORENO, F., “Reglas Legales Supletorias” en *Comentarios a la Ley Concursal*, o.c., p. 1000.

⁶⁹⁸ A la subasta de la empresa se le aplicará, siempre que resulte posible, la reglamentación dispuesta para los bienes inmuebles y la de los muebles, en lo no previsto en ella.

⁶⁹⁹ Para UCEDA OJEDA, aunque ya existe en el concurso una información detallada de la situación registral de los bienes, en fase de convenio –después frustrado- al levantarse las restricciones que se imponen con la declaración de concurso, cabe la posibilidad de nuevos embargos sobre bienes integrados en la empresa que ahora son ya objeto de liquidación. Por ello debe librarse mandamiento para conseguir del Registro las posibles nuevas cargas y gravámenes que pudieran haberles afectado. Vid. UCEDA OJEDA, J., “La fase de liquidación. Operaciones de liquidación”, cit., pp. 697-698.

Valorada la empresa se fijará la fecha de celebración de la subasta, con expresión de la hora y el lugar en que vaya a celebrarse (art. 644 LEC)⁷⁰⁰, así como el plazo de presentación para las ofertas de compra, cuya finalización debería establecerse unos días antes de la fecha de su celebración. Es de gran importancia el conocimiento de la subasta, dándole la publicidad adecuada, por medio de edictos, fijados en la sede del Tribunal, en los lugares públicos de costumbre (art. 645 LEC) y, si el juez lo estima conveniente, utilizando medios telemáticos, informáticos y electrónicos (art. 23.1 LC), así como diarios de gran difusión en el lugar del domicilio social de la concursada y, si fuera distinto, donde se ubique la dirección de la actividad. Todo ello utilizado de forma razonable y procurando la mayor economía de costes (art. 646 II LEC). El amplio conocimiento de la enajenación de la empresa entre sus potenciales adquirentes es factor de indudable trascendencia, para evitar que la licitación se desarrolle entre un reducido círculo de interesados y a fin de dar transparencia a la licitación. El anuncio de la subasta deberá contener el pliego con todas las condiciones, generales y particulares, y todos los datos y circunstancias que sean relevantes (art. 646.I LEC). Es de particular trascendencia dar a conocer la titularidad, el grado de obsolescencia de los distintos componentes del inmovilizado material e inmaterial de la empresa, así como del activo circulante, siempre que se subaste como parte inseparable de la entidad, así como la situación posesoria de los inmuebles y la aceptación de aquellos titulares de bienes de especial relevancia para el desarrollo de la actividad de la empresa (maquinaria en leasing, renting de vehículos, utilización de patentes, etc.) o las posibles condiciones impuestas al potencial adquirente para aceptar la subrogación contractual. No menos importante será el conocimiento de la situación laboral. La posible extinción o reducción de contratos de trabajo ya efectuada o con procedimiento en curso y, en su caso, si el juez tiene previsto acordar la no subrogación del adquirente en las cargas salariales pendientes de pago que asume el FOGASA.

⁷⁰⁰ Previamente habrá de comunicarse la ejecución, mediante subasta, a los posibles arrendatarios y ocupantes de hecho de aquellos inmuebles cuya titularidad ostenta la empresa, para defensa de sus derechos. Vid. CORDÓN MORENO, F., “Reglas Legales Supletorias”, en o.c., p. 1002.

5.3.1.2 Las ofertas de compra en la subasta y los criterios de elección de la mejor oferta

Para gran parte de los especialistas en la materia⁷⁰¹, en la subasta de la empresa en su conjunto o de sus unidades productivas parece posible recoger en ella lo dispuesto en el último párrafo de la regla 3ª, es decir la posibilidad de presentar por los licitantes ofertas de compra, dentro del plazo que disponga el pliego de condiciones, que será siempre anterior a la fecha de celebración de la subasta, y que recogerá el carácter preferente de aquellas ofertas que garanticen la continuidad de la empresa, de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores.

Existe disparidad doctrinal acerca del tratamiento que el legislador ha querido dar a los criterios de preferencia y de la posible prelación entre ellos, agrupándose en torno a las siguientes actitudes: 1º. Equilibrio entre los criterios de preferencia –conservativo de la

⁷⁰¹ RUBIO VICENTE se pregunta cómo compaginar la subasta y, en su defecto, la enajenación directa, de la regla 1ª, con la presentación de ofertas y los criterios normativos de preferencia de la regla 3ª, que inducen más bien a la existencia de un concurso o una atípica enajenación indirecta. “O se entiende que la regla 3ª precisa algunos términos y condiciones de la subasta en orden a ampliar los criterios más allá de los estrictamente pecuniarios que deben orientar su conclusión y adjudicación o uno de ellos tiene carácter supletorio respecto al otro. La solución se antoja difícil si además se toma en consideración la necesidad de oír a los representantes de los trabajadores en relación con el contenido de cada una de aquellas ofertas. A nuestro parecer...el último párrafo dispuesto en la regla 3ª constituye una desviación del procedimiento de subasta para adaptarlo en alguna medida a las peculiaridades y complejidad tanto de lo transmitido como de del propio procedimiento concursal, inspirado por principios específicos y la composición de intereses antagónicos que trascienden incluso de lo estrictamente privado” RUBIO VICENTE, P. V., “La enajenación de la empresa...”, art. cit., pp. 137-138. Vid. también BELTRÁN, E.- MERCADER, J., “Reglas Legales Supletorias”, cit., pp. 2386-2387, aunque para estos autores “el plazo” de presentación de ofertas se refiere exclusivamente al supuesto de enajenación directa, ya que “la subasta se caracteriza, entre otras cosas, por la necesidad de fijar con la debida publicidad una fecha para su celebración”. Participan también de la opinión de incluir en la subasta la presentación de ofertas de compra, juntamente con los criterios de preferencia: MORALEJO IMBERNÓN, N., “De las operaciones de liquidación”, cit., p. 1614. DE LA CUESTA RUTE, J. Mª. , “La fase de liquidación”, art. cit., p. 270. CASERO LINARES, L., “De las operaciones de liquidación”. Reglas legales supletorias”, cit., pp. 1060 y 1062. Para CORDÓN MORENO, F., “Reglas Legales Supletorias”, en o.c., p. 997 y UCEDA OJEDA, J., “La fase de liquidación. Operaciones de liquidación”, cit., p. 699, la inclusión de ofertas de compra se llevará a cabo “sólo” cuando se trate de enajenación directa. MANZANO CEJUDO se limita a reseñar una especialidad -sin asignarla a ninguna de las modalidades establecidas en la regla 1ª- para los casos de venta unitaria de la empresa o de sus unidades productivas, indicando que en tal caso se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra, considerándose preferentes las que garanticen la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo así como la mayor satisfacción de los créditos de los acreedores. MANZANO CEJUDO, M.A., “La liquidación”, cit., p. 638.

actividad y del empleo, por un lado y de satisfacción de los acreedores por otro-. 2. Preponderancia de la finalidad conservativa. 3. Primacía de la cobertura de los créditos de los acreedores⁷⁰², criterio este último utilizado como regla general por la LEC para aprobar el remate en las distintas soluciones para la ejecución por vía de apremio y, en particular, en el caso de la subasta judicial (arts. 650 y 670 LEC)⁷⁰³.

Las RLS parece que han tratado de ser salomónicas. En la regla 1ª el juez puede estimar como más conveniente la división de la empresa en elementos aislados y proceder así a su enajenación, ya que –ponderados los informes y datos que obran en su poder– responde mejor esta solución a los intereses del concurso. Evidentemente con esta solución –que el legislador deja exclusivamente en manos del juez, sin posibilidad de recurso alguno– se prima el criterio de máxima atención a los créditos de los acreedores

⁷⁰² Para BELTRÁN-MERCADER la consideración que la regla 3ª hace sobre las ofertas de compra presentadas “viene a establecer una graduación de ofertas, de modo que el juez habrá de optar, en su caso, por la oferta que garantice la conservación de la empresa, de más puestos de trabajo y, caso de haber varias que cumplan por igual esas condiciones, la que garantice la mayor satisfacción posible de los créditos”. “Reglas legales supletorias”, cit., p.2387. RUBIO VICENTE plantea la disyuntiva, aunque sin optar por una concreta solución. “O se entiende que la regla 3ª precisa algunos términos y condiciones de la subasta en orden a ampliar los criterios más allá de los estrictamente pecuniarios que deben orientar su conclusión y adjudicación, o una de ellas tiene carácter supletorio respecto a la otra. La solución se antoja difícil si además se toma en consideración la necesidad de oír a los representantes de los trabajadores en relación con el contenido de cada una de aquellas ofertas” RUBIO VICENTE, P. J., “La enajenación de la empresa...”, cit., pp. 137-138. Según CUESTA RUTE la Ley ordena los criterios de preferencia de las ofertas de compra que pueden presentarse en la subasta. “La muy confusa redacción del art. 149 LC en este punto no puede a mi juicio llevar a interpretar que se otorgue preferencia a las ofertas en razón sólo de la conservación de los puestos de trabajo que implica la continuidad de la empresa”. “La satisfacción de los acreedores es el fin primordial del concurso en todo caso y, no se diga, en el de la liquidación” Sería absurdo que el derecho de los acreedores pudiera sacrificarse sin su consentimiento cuando si se ha llegado a la liquidación es porque no ha existido convenio. Si por vía de liquidación se pudiera sacrificar el interés de los acreedores en mayor medida que la que hubiera representado un convenio ello implicaría una coacción a los acreedores a cualquier solución convenida, reproduciéndose en cierto modo los vicios del anterior sistema concursal”. DE LA CUESTA RUTE, J. Mª., “La fase de liquidación”, art. cit., pp. 270-271. Para BUFETE MARROQUÍN resulta llamativo que la Ley no prefiera la oferta de compra de la empresa que asegure mejor y en mayor importe el pago de sus créditos, “hasta ahora finalidad última de la liquidación en los procesos concursales, (sino más bien) claudique y ceda terreno a favor de la continuidad del negocio y mantenimiento de los puestos de trabajo” BUFETE MARROQUÍN, “Art. 149. “Reglas legales supletorias”, en *La nueva Ley Concursal: Comentarios y Formularios a la Ley 22/2003 de 9 de julio concursal*, T. I., Grupo Difusión 2003, p. 815. Finalmente CASERO LINARES, optando por el equilibrio entre los criterios de preferencia, opina que en la aprobación del remate dentro de la subasta, y en relación a las ofertas de compra presentadas “se tendrá en cuenta aquélla que mejor conjugue la continuidad de la empresa, de los puestos de trabajo y la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores”. La norma no establece claramente un principio por el que deba referirse el concurso, “decantándose por la conjugación de un conjunto de criterios que en no pocas ocasiones serán antitéticos”. CASERO LINARES, L., “Reglas legales supletorias”, cit., p. 1062.

⁷⁰³ MORALEJO IMBERNÓN, N., “De las operaciones de liquidación”, cit., p. 1614.

por encima del criterio conservativo de la actividad y por tanto de los puestos de trabajo⁷⁰⁴. Sin embargo, una vez adoptada la decisión de enajenar la empresa de forma unitaria o por ramas productivas con autonomía propia, la regla 3ª impone al juez imperativamente cuáles sean los intereses del concurso. Su venta parece que deberá ajustarse de forma preferente a la conservación de la actividad y de los puestos de trabajo y, en caso de ofertas similares sobre estas cuestiones, entraría en juego el mayor precio ofertado; estos condicionantes servirán a los licitadores para orientar su puja (u oferta por escrito), juntamente con las restantes condiciones de la subasta y la información que obre en su poder sobre la empresa o las ramas autónomas de actividad y poder decidir sobre su viabilidad, el potencial de rentabilidad de la empresa y el grado de suficiencia del colectivo laboral. Posiblemente, en el caso de una empresa inactiva y resueltos los contratos laborales será el precio ofertado el que marque la preferencia. Sin embargo, no habría que descartar licitantes sobre empresas inactivas—si las consideran viables— que oferten reiniciar la actividad e incluso concretar el número y cualificación de los trabajadores que eventualmente incorporasen. También, posiblemente, en este caso entrarían en juego, los criterios de preferencia de la regla 3ª.

Aunque de la literalidad de los criterios de preferencia sobre las ofertas de compra presentadas en la subasta (o en la enajenación directa si se declarase desierta) podría parecer que deba concluirse que el juez considerará preferente aquella que mejor conjugue los tres criterios de preferencia⁷⁰⁵, existen algunos indicios que llevan a considerar la existencia de una gradación en los mismos.

- 3º La colocación en la norma de los 3 criterios —continuidad de la empresa, de los puestos de trabajo, satisfacción de los acreedores— no tendría importancia en sí misma. Si, en cambio, la tiene cuando se la relaciona con el principio conservativo de la empresa, enunciado en la Exposición de Motivos (VII, párrafo 5º), por el que, aún en la fase de liquidación, la ley

⁷⁰⁴ De todas formas el juez puede, sin cortapisas, haber optado inicialmente por la venta de la empresa como un todo o bien, mediante división, por la de sus distintas ramas autónomas de actividad.

⁷⁰⁵ En este sentido se pronuncia CASERO LINARES, L., “Reglas legales supletorias”, cit., p. 1062.

procura, en principio, mediante su enajenación como un todo, tratar de conservar en lo posible la continuidad de la actividad⁷⁰⁶.

- 4º La resolución del juez en orden a la elección de la mejor oferta está, si no condicionada –al no ser no vinculante- si al menos matizada por la audiencia previa a los representantes de los trabajadores. A nadie se le escapa que dentro de “sus” criterios de preferencia está la conservación de los puestos de trabajo, que sólo se conseguirá si continúa la actividad de la empresa, aunque sólo fuera en unidades productivas autónomas, como mal menor a la enajenación del conjunto. La deducción es lógica: la satisfacción de los acreedores en la recuperación de sus créditos pasará a un tercer plano, siempre supeditada a conseguir el logro del mantenimiento del empleo.

- 5º Abundando en el argumento anterior, en las RLS, y en particular en el precepto que analizamos, no aparece la mención a audiencia o informe alguno de los acreedores. Se podría aducir que ya existe –en la triada que conforma la administración concursal, cuando es colegiada (art. 27.1.3º LC)- un acreedor, titular de un crédito ordinario o con privilegio general no garantizado que podría cumplir la función de velar por los intereses de los acreedores en este punto. Aparte de que en los procedimientos abreviados la administración concursal estará constituida por un solo miembro – nunca un acreedor (art. 27.2.3º LC)-, tampoco podrá ser nombrado administrador concursal un acreedor especialmente relacionado con la entidad deudora, ni competidor suyo o que forme parte de un grupo de empresas en el que figure la entidad competidora (art. 28.3 LC); su misión será la de velar por la integridad del procedimiento, cumplir con la debida diligencia y lealtad

⁷⁰⁶ Sin embargo, en la Exposición de Motivos, y en ninguna de las alusiones a las RLS efectuadas en el Capítulo VII, se menciona la continuidad de los puestos de trabajo. Esta incorporación, fruto de las enmiendas llevadas a cabo en Congreso y Senado, tiene como precedente la Ley Concursal francesa de 1985, en la que uno de sus objetivos era el mantenimiento del empleo, recogido en el art. 85, ya que el juez comisario elige, entre las ofertas, aquélla que permita asegurar la conservación duradera del empleo y el pago a los acreedores; concepción garantista que continúa en la Ley de 2005 –art. L 642-5-.

todo cuanto dispone la LC en orden a sus funciones, entre las que no figura convertirse en parte actora en representación de los intereses de los acreedores, ya que ni siquiera ha sido designado por ellas sino por el juez.⁷⁰⁷ Y aunque pudiera, en los casos en que su actividad diligente le llevase a defender en el seno colegiado de la administración concursal una postura favorable a los acreedores, nunca su voto sería definitivo, ya que las decisiones del órgano concursal se adoptan siempre por mayoría y, si no se alcanzase ésta sería el juez quien resolviera (art. 35.2 LC).

Esta ausencia de informes o audiencia por el juez de los representantes de los acreedores, por lo que se refiere a la preferencia en las ofertas de compra, no parece que ayude a equilibrar los argumentos de los que disponga el órgano judicial para elegir la mejor de ellas, ya que –abundando en el desequilibrio– en la previa decisión de enajenar la empresa como un todo, por unidades productivas o elementos aislados también intervino la voz de los representantes de los trabajadores. Su argumentación oral e incluso mediante el informe presentado, por lógica habrá tratado de defender los puestos de trabajo y por ende la continuidad de la empresa o, al menos las distintas ramas autónomas de actividad.

De lo expuesto podemos deducir que en la subasta, mediante la cual se proceda a la enajenación de la empresa, en todo o en parte, las ofertas que se presenten

- 1º Siempre respetarán el criterio de preferencia cual es la permanencia de la actividad, ya que la empresa se subasta en su conjunto o por ramas de actividad; nunca se pondrá en juego el cierre de actividad, ya que tal posibilidad quedó descartada, al decantarse el juez por su enajenación en conjunto o dividida por centros de trabajo.

⁷⁰⁷ Además “la investidura de los miembros del órgano concursal proviene directamente del juez y no de los acreedores constituidos en junta.....la integración de un acreedor en la administración concursal no parece que tenga una auténtica virtualidad representativa.... Por más que en la Exposición de Motivos se siga manteniendo la referencia a la presencia representativa de un acreedor” YANES YANES, P., “Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal”, dirs. GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., Dilex Madrid 2003., pp. 232-233.

2º En consecuencia, la disyuntiva en lo que sobre preferencia en la elección de ofertas se refiere, y supuesto el mantenimiento de la actividad, el juez se va a encontrar con ofertas que –entre otras posibilidades- dispondrán el mantenimiento total o parcial de trabajadores, la incorporación o no de nuevos puestos de trabajo, o la modificación de las condiciones laborales, -aspectos inseparablemente entroncados con los expedientes a tramitar, o en tramitación, a través del art. 64 LC- y por otra parte con el precio y forma de pago ofertados⁷⁰⁸

Ahondando en la disyuntiva observamos que el párrafo 2º de la regla 3ª no considera preferente la conservación de “todos” los puestos de trabajo; indica tan solo que se garantice la continuidad “de los puestos de trabajo”. El juez, de la combinación de los puestos de trabajo garantizados y el precio ofertado obtendrá luz para elegir la mejor oferta. Por ello, una de las cuestiones más importantes es la necesidad del ofertante de conocer la situación del colectivo laboral. Posiblemente en el informe sobre viabilidad de la empresa ya figure un criterio orientativo sobre el número y cualificación del óptimo laboral. Sin embargo, el potencial adquirente necesita conocer además, a la hora de materializar su oferta, si se aprobará el expediente de extinción total o parcial de los contratos laborales, bien por estar en curso o en base a lo que pudiera pactarse con los representantes de los trabajadores sobre el particular. El problema va a radicar en el plazo fijado para la presentación de ofertas, el cual muy probablemente, en la mayoría de los casos, inhabilitará disponer de la resolución judicial en firme sobre las medidas acordadas en la

⁷⁰⁸ Para BUFETE MARROQUÍN resulta llamativo que la nueva ley no prefiera, por encima de cualquier otra consideración, y entre las distintas ofertas de compra de la empresa que se puedan realizar, aquellas que aseguren mejor y en mayor importe el pago de los créditos del concursado, que obviamente incluiría los que pudieran ostentar los trabajadores, sin que el principio de satisfacción y pago de los créditos, hasta ahora finalidad última de la liquidación en los procesos concursales, claudique y ceda terreno a favor de la continuidad del negocio y mantenimiento de los centros de trabajo, objetivo éste que si bien resulta encomiable, en nuestra opinión puede desvirtuar la finalidad perseguida con el concurso y sobre todo con la liquidación. BUFETE MARROQUÍN, Art 149. Reglas legales supletorias”, cit., p. 815.

tramitación de aquel expediente ex art. 64⁷⁰⁹, permitiendo al oferente negociar con los representantes de los trabajadores, en su caso, un acuerdo de intenciones en el que fundamentar su oferta en el aspecto laboral. Los ofertantes, en base a esas orientaciones previas y en función de sus propios análisis especificarán en su oferta número de trabajadores, especialidad y, en su caso, condiciones de empleo.

- 3º El precio ofertado estará condicionado por los acuerdos que se hayan podido negociar en el ámbito laboral, en defecto de resolución firme del expediente ex art. 64. No es igual que los representantes de los trabajadores admitan la propuesta del ofertante, en todo o en parte, ya que aunque la viabilidad de la empresa estuviera asegurada mediante un acuerdo de mínimos en lo laboral, la rentabilidad podría verse sustancialmente disminuida según fuera lo acordado respecto a los contratos de trabajo.
- 4º En ocasiones, será crucial conocer la postura de determinados titulares de bienes utilizados por la empresa, necesarios para su actividad, (leasing de maquinaria, uso de patentes, etc.) en el caso de subrogación del adquirente de la entidad o de sus ramas de actividad en la posición de la entidad concursada, ya que si, por ejemplo, el titular de la maquinaria arrendada mediante leasing y esencial para la actividad, se opusiera a la cesión del contrato al adjudicatario de la empresa, posiblemente el potencial licitante desistiría de presentar su oferta o condicionaría la misma a su subrogación.
- 5º Importante también para la decisión judicial será la seriedad, cualificación y solvencia del oferente que, aunque expresamente no estén contempladas en la norma, debieran tenerse particularmente en cuenta, ya que –alejados del criterio objetivo de la puja exclusivamente de precio, en la que constituye la única alternativa, cuando entran en juego –y de forma

⁷⁰⁹ Es aplicable aquí todo lo expuesto al tratar sobre el particular en el plan de liquidación (Capítulo VI.5. 3; 5.4 y 5.5). Su resolución afectará considerablemente a la presentación de las ofertas de compra, no sólo por lo incierto de la conclusión del expediente –si todavía no hubiera sentencia en firme–, sino por el lapso temporal necesario, en función de la interposición de recursos- para alcanzar la firmeza de la sentencia.

prevalente- el criterio conservativo-laboral, debe asegurarse la fiabilidad del licitante, imponiendo al adjudicatario, entre las condiciones de obligado cumplimiento, una fianza proporcionada e incluso la resolución del remate, en un plazo determinado, ante el incumplimiento de aquéllas que se consideren más relevantes, de acuerdo –ahora sí- con lo regulado en la norma, puesto que las ofertas deben aportar una garantía que asegure el cumplimiento de lo ofertado, para ser consideradas “preferentes”⁷¹⁰.

En definitiva, parece que la subasta (regla 1ª) con las peculiaridades apuntadas 711y con las condiciones generales y particulares que el juez autorice (art. 646 LEC), entre las que destacan por su importancia la presentación de ofertas de compra y los criterios de preferencia para su enjuiciamiento (párrafo 2º, regla 3ª), es el procedimiento inicial para la enajenación de la empresa en su conjunto o de sus unidades productivas, en ausencia de un plan de liquidación, siendo la enajenación directa el procedimiento que, en su caso acuerde el juez cuando la subasta quede desierta. Enajenación directa que recogerá igualmente la presentación de ofertas de compra y los criterios de preferencia, sancionados en la regla 3ª.

⁷¹⁰ Siguiendo con el procedimiento de la subasta, una vez anunciada y hasta su celebración podrán presentar ofertas por escrito, en sobre cerrado (art. 648 LEC), una vez presentado el correspondiente depósito (art. 647.1 LEC). La subasta se desarrollará de acuerdo con lo preceptuado en el art. 649 LEC, si bien el remate no se adjudicará al mejor postor de acuerdo con la cantidad ofertada sobre el valor de tasación (650 LEC), sino que se hará –como hemos analizado- al que considere la actividad de la empresa y la conservación del número idóneo de trabajadores y, si hubiera ofertas equivalentes, al que hubiera consignado un mayor precio, por lo menos –según apreciación de BELTRÁN-MERCADER (“Operaciones de liquidación”, cit., p. 2386)- superior al 50% del avalúo (no se tiene en cuenta el 70%, enunciado por el art 670 LEC, ya que se refiere únicamente a inmuebles y la empresa no es conceptuable como inmueble –aunque en su activo conste su existencia- sino una universalidad de bienes y derechos). La presentación de un tercero por la sociedad concursada para el caso de posturas inferiores al 50% del avalúo (art. 650.4 LEC) no parece posible, ya que no es el valor el único criterio, ni siquiera prevalente, para la aprobación del remate. En todo caso, y antes de que el juez proceda a denegar la aprobación del remate –similar a la inexistencia de postores- la entidad concursada podrá presentar a un tercero que cumpla con el criterio conservativo de la actividad –aunque ni siquiera conserve el colectivo laboral- y supere el 50% de la valoración hecha de la empresa o de las unidades productivas subastadas.

⁷¹¹ Esta no es propiamente una subasta en sentido técnico jurídico, sino más bien una subasta atípica, orientada sobre todo a satisfacer los intereses del concurso en la que los licitantes son más bien concursantes, cuya preferencia no va a estar orientada por el objetivo tradicional de la subasta del mayor valor en puja, sino por una combinación de criterios en el que el precio –y por tanto la satisfacción de los acreedores- va a constituir una parte –y no la más importante- de adjudicación.

Hasta aquí el análisis de las RLS –lege lata- y la interpretación dada a unos preceptos oscuros y en parte contradictorios sobre todo en la formulación de los distintos procedimientos de venta de la empresa, la incardinación de los criterios de preferencia sobre las ofertas de compra que se pudieran presentar y la actitud del juez ante la elección preferente de las distintas ofertas. Otra cosa es si consideramos acertadas las modalidades que el legislador ha dispuesto para la enajenación de la empresa⁷¹². Expusimos anteriormente que la subasta no ha sido la modalidad más utilizada para su enajenación por la reciente legislación concursal de otros países como Francia, Alemania, Portugal o Italia; no la consideran como fórmula específica para la realización de la empresa; ni siquiera la propugnan como primera modalidad alternativa. En este sentido sí que se debieran formular críticas a la decisión del legislador. Pero no por ello cabe retorcer interpretativamente la norma, tratando de imponer modalidades que el propio legislador no parece haber querido expresar. De todos modos, bien podría marcar un camino para una modificación del actual precepto la venta directa, en los términos del art. 155.4 LC, con la inclusión de ofertas de compra y los criterios de preferencia de la regla 3ª –matizados por un precio mínimo con que satisfacer a los acreedores-. Y ello, con un preacuerdo laboral con los representantes de los trabajadores, en defecto de resolución firme sobre los expedientes de extinción de contratos de trabajo ex art. 64 LC y una subrogación automática en los contratos sobre bienes necesarios para la actividad de la empresa, previa audiencia por el juez a los acreedores, la entidad concursada y cocontratantes afectados, dejando a elección del juez, la venta por persona o entidad especializada.

5.3.2 La enajenación directa

Si no hubiese ningún postor (art. 651 LEC), o se denegare definitivamente la aprobación del remate no parece posible la adjudicación al ejecutante, ya que el concurso, por definición, es una ejecución colectiva. Por ello el legislador ha dispuesto para el caso de quedar desierta la subasta que el juez pueda acordar que se proceda a la enajenación directa (art. 149.1.1ª LC), resolución contra la que, recordamos, no cabe recurso alguno.

⁷¹² El auto del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid de 12-09-05 (AC 2005, 1739) ya apunta la poca ventaja de la subasta pública frente a la agilidad y ahorro de costes que supone la venta directa.

Esta enajenación se llevará a cabo por la administración concursal, órgano con facultades de disposición. Deberá fijarse un plazo para la presentación de ofertas por el conjunto de la empresa o de sus unidades productivas (149.1.3ª.II LC) y –al igual que en la subasta- se considerarán preferentes las que garanticen, mediante los medios que se consideren más adecuados, la fiabilidad de las ofertas presentadas en base al mantenimiento de la actividad de la empresa, de los puestos de trabajo y la satisfacción de los créditos. La venta directa, en contraposición a la subasta, tiene la ventaja de la flexibilidad de procedimiento siempre condicionada a los criterios de preferencia. Sería posible la utilización de entidad especializada que asesore e incluso intervenga –bajo el control y la responsabilidad de la administración concursal- tanto para la reconsideración del valor de la empresa o sus ramas de actividad, como en la búsqueda de aquellos potenciales compradores que se consideren más idóneos para cumplir con los criterios conservativo y de consecución del mayor precio, ya que es muy distinto el aspecto pasivo de la subasta –dejar que acudan potenciales licitadores- que el activo, de consecución de los candidatos más idóneos para poder ofertar en las mejores condiciones para su enajenación, dentro de los parámetros de preferencia⁷¹³ lo cual beneficiará en gran manera los intereses del concurso⁷¹⁴.

La LC establece, finalmente que, en todo caso, serán oídos por el juez los representantes de los trabajadores, los cuales, procurarán obviamente defender sus legítimos intereses. De todas formas su opinión no es vinculante, decidiendo el juez lo que considere más conveniente a los intereses del concurso, en función de los criterios de preferencia. La ausencia de representantes de los acreedores, así como de la entidad

⁷¹³ La publicidad de la venta directa no se regula en la norma, aunque consideramos que podrá utilizarse, a criterio del juez, la misma que anteriormente hemos analizado para la subasta, tal y como se preceptúa para la venta directa de los bienes sujetos a privilegio especial (art. 155.4 LC)

⁶⁹⁵ Para BELTRÁN-MERCADER “no ha de considerarse admisible (la enajenación por persona o entidad especializada) en caso de enajenación de la empresa o de alguna unidad productiva”, quizá porque para estos autores el gasto que supone la intervención se imputará a la masa, además de considerar suficientemente cubierta su enajenación con la subasta o directamente a través de la administración concursal si aquella quedare desierta. A nuestro juicio, sin embargo, -y aunque en el art. 149.1.1ª LC no se menciona esta posibilidad- cabría, en ocasiones, cuando la enajenación se produzca de forma directa y por la especialidad de la empresa o la dificultad de conseguir adquirente, con autorización judicial, auxiliarse de entidad especializada, en el bien entendido que la enajenación la llevaría a cabo la administración concursal, aunque las gestiones las condujera la entidad especialista. BELTRÁN, E. –MERCADER, J., “Operaciones de liquidación”, cit., p. 2394.

concurzada, tan importantes cuando menos como los trabajadores en ser oídos, en particular sobre los criterios de preferencia, es una voluntaria laguna que debiera ser subsanada si se desea mantener un equilibrio en las opiniones que se aporten al juez y conseguir de éste las decisiones más acertadas en base a los diversos planteamientos, la mayoría de las veces contradictorios, que los distintos actores del concurso pudieran presentar a su consideración.

5.4 La realización de los elementos componentes de la empresa y de los demás bienes y derechos de la sociedad concursada

La regla 3ª del art. 149.1 LC, en su párrafo primero, regula la realización de los distintos elementos que integran la empresa, una vez que el juez haya adoptado la decisión de no enajenar el conjunto de explotaciones, establecimientos y cualesquiera otras unidades productivas, de manera unitaria o, mediante división, de sus ramas autónomas de actividad.

El juez, ponderados los informes de la administración concursal y de los representantes de los trabajadores y lo expuesto por ellos en la preceptiva audiencia, ante la convicción de la inviabilidad de la empresa o de sus unidades productivas en continuar su actividad o igualmente convencido de la imposibilidad de conseguir por esta vía un precio más adecuado con que cubrir los créditos de los acreedores, resolverá la enajenación por separado de cada uno de los elementos componentes del inmovilizado material e inmaterial de la empresa.

En la forma de llevar a cabo su enajenación no hay divergencias doctrinales. La realización aislada de los componentes de la empresa, al igual que los demás bienes y derechos del concursado (no olvidemos que la masa activa no sólo puede estar compuesta por una o varias empresas, sino también por bienes y derechos patrimoniales de la sociedad concursada, no integrados en la empresa) se efectuará mediante su enajenación, según su naturaleza, de acuerdo con las disposiciones establecidas por la LEC en el procedimiento de apremio, a excepción de los bienes y derechos afectos a créditos con

privilegio especial, para los cuales la norma remite su venta al procedimiento regulado en el art. 155. 4 LC. La LEC regula la entrega directa de dinero efectivo, saldos en cuentas corrientes, divisas y bienes cuyo valor nominal coincida con su valor de mercado en el art. 634.1. Cuando existan saldos en cuenta con vencimiento diferido –como imposiciones a plazo, por ejemplo- con la anuencia del juez (art. 634.2 LEC), la administración concursal podría gestionar su cobro inmediato si la penalización no es importante, o esperar a su vencimiento, bien en la finalización del plazo o en las posibles fechas habilitadas por la entidad financiera para su cancelación sin penalización⁷¹⁵.

Por lo que se refiere a acciones, otras formas de participación social, así como obligaciones, bonos u otros valores admitidos a negociación en mercado secundario (art. 635.1 LEC), deben enajenarse de acuerdo con la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores. La orden de enajenación se dirigirá al órgano rector del mercado secundario oficial, al que habrá debido notificarse la declaración de concurso, requiriéndole para que retenga a disposición del tribunal el valor o el instrumento financiero (art. 623.1 LEC) y aplicándose para su realización lo dispuesto en el art. 322.II del Ccom para los supuestos de prenda sobre esos valores. Cuando se trate de acciones o cualquier clase de participaciones sociales no cotizadas en Bolsa se atenderá para su realización, en primer lugar, a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenación de estos valores y, en especial, a los derechos de adquisición preferente, realizándose a través de fedatario público (hoy notario o sociedad de valores), siempre y cuando no existan disposiciones específicas (art. 635. 2 LEC). Al no indicarse en la norma el procedimiento para su enajenación, cabría la aplicación extrajudicial de la prenda (art. 1872 Cc) o cualquiera de los sistemas de realización previstos en el art. 636 LEC⁷¹⁶, sistemas que se aplicarán a los bienes y derechos sin otra regulación específica. En concreto, las partes y demás interesados podrán pactar un convenio de realización, que deberá ser aprobado por el juez.

⁷¹⁵ CORDÓN MORENO, F., “Reglas Legales Supletorias”, cit., p. 999. Este autor incluye también créditos y derechos realizables a corto, medio y largo plazo, previstos en el n° 8 del art. 592 LEC.

⁷¹⁶ CORDÓN MORENO, F., “Reglas Legales Supletorias”, cit., p. 999. De todas formas –según CASERO LINARES–deberá tenerse en cuenta que los créditos con privilegio especial, garantizados con valores o con prenda en documento público sobre bienes o derechos pignorados en posesión del acreedor o de un tercero (art. 90, 5º y 6º LC), se hará con cargo a los bienes o derechos afectos cuya forma de enajenación se dispone en el art. 155 LC. CASERO LINARES, L., “Reglas legales supletorias”, cit., p. 1061.

Si faltase el convenio, la enajenación podrá efectuarse por persona o entidad especializada o mediante subasta judicial. De todas formas, a falta de solicitud por persona legitimada y en ausencia de aprobación judicial, en lo que se refiere a las dos primeras formas de realización, será la subasta judicial el único procedimiento habilitado para la realización forzosa.

Tres son, por tanto, los posibles modos de realización de los bienes y derechos: convenio de realización, enajenación por persona o entidad especializada y subasta judicial⁷¹⁷, siempre adaptados a las peculiaridades del procedimiento concursal y, en concreto, a la fase de liquidación, en la que se hallan suspendidas las facultades de administración y disposición de la entidad concursada. La LEC recoge las disposiciones que regulan los convenios de realización en su art. 640; y –por lo que se refiere a la subsistencia y cancelación de cargas- en el art. 642, aplicándose el art. 641 a la realización por persona o entidad especializada. Finalmente las disposiciones reguladoras de la subasta de inmuebles se recogen en la sección 6ª del procedimiento de apremio (arts. 655 a 675), mientras que le son aplicables también, supletoriamente, las normas que regulan la subasta de bienes muebles (arts. 643 a 654).

5.4.1 El convenio de realización

El convenio de realización, apto para la liquidación forzosa de los bienes y derechos del ejecutado en el procedimiento singular, no parece tener fácil cabida en la liquidación concursal en primer lugar por la imposibilidad de la parte concursada para pedir al tribunal una comparecencia a fin de convenir el sistema más adecuado de realización; los administradores de la sociedad concursada han sido sustituidos en sus facultades

⁷¹⁷ Para algunos autores, como CASERO LINARES no parece factible incluir la administración para pago como una forma de realización (arts. 676 a 680 LEC), ya que es propiamente una puesta en posesión al ejecutante (en el procedimiento concursal sería a la administración concursal) de los bienes de la entidad concursada, con el fin de resarcirse los acreedores, aplicando los rendimientos que se obtuviesen al pago de los débitos. CASERO LINARES, L., “Reglas legales supletorias”, cit., p. 1061. Cabría, a mi juicio, como excepción, un convenio para la administración de uno o varios edificios alquilados a arrendatarios solventes, con rentas de importancia, en ciclos económicos deprimidos y bajas pronunciadas de los precios de venta, muy por debajo de su valor de tasación, hasta que se diesen las condiciones idóneas para su realización. Por supuesto, el juez debería acordar la prórroga de la liquidación, pasado el año desde su apertura (art. 153 LC).

patrimoniales de administración y disposición, y en consecuencia no pueden realizar actos de disposición sobre los bienes de la sociedad concursada; los acreedores, en cuanto colectivo, será difícil reunirlos, sobre todo si constituyen un número considerable. Habría que convocar una junta de acreedores ordinarios con el fin de conseguir una resolución por mayoría, favorable a la propuesta de convenio de realización⁷¹⁸. Tampoco parece que pueda solicitar la mencionada convocatoria cualquiera que acredite un interés directo en la ejecución, ya que en el procedimiento concursal, y en concreto en lo referente a la aplicación del las RLS, es la administración concursal quien está legitimada para cursar esa solicitud⁷¹⁹.

El convenio de realización tiene gran similitud con la venta directa, supuesto previsto en la LC para obviar la venta en subasta de los bienes afectos a privilegio especial⁷²⁰ y aunque no parece que sea el procedimiento idóneo para la realización de los elementos aislados de la empresa, ni para el resto de bienes y derechos de la entidad concursada, podría aplicarse excepcionalmente en aquellos supuestos de liquidación con un número reducido de acreedores, con fácil consecución de acuerdos por mayoría en una Junta y un eventual comprador dispuesto a ofrecer una cantidad superior a la fijada en subasta; en tal caso, la administración concursal cursaría al juez una solicitud expresa, quién la aprobaría mediante auto, suspendiendo la ejecución de los bienes objeto del convenio de realización⁷²¹.

⁷¹⁸ CASERO LINARES aún admitiendo la posibilidad de un convenio de realización para bienes individuales lo rechaza para su totalidad en base a la prohibición de su cesión en forma de liquidación global del patrimonio, preceptuada por el art. 100.3 LC. CASERO LINARES, L., “Reglas legales supletorias”, cit., p. 1061. A nuestro juicio, como anteriormente hemos expuesto, no parece que pueda aplicarse esta norma en la fase liquidativa, por la diferente concepción que la fase de convenio tiene en el concurso, en contraposición a la de liquidación. Para BUFETE MARROQUÍN cabría la comparecencia de cualquier interesado (acreedor) ante el juez, quien citando al resto de partes interesadas, propondría otras formas de realización, pudiendo presentar a terceros interesados en la adquisición de los bienes objeto de realización.. BUFETE MARROQUÍN, *La nueva Ley Concursal...*, cit., p. 814.

⁷¹⁹ HUALDE LÓPEZ, I., “La Fase de Liquidación...”, cit., pp. 377-378.

⁷²⁰ “El ejemplo legal de convenio de realización es el de la presentación de alguna persona que esté dispuesta a adquirir el bien o bienes por un precio previsiblemente superior al que se obtendría en la subasta (art. 640.2 LEC)”. BELTRÁN, E.-MERCADER, J., “Operaciones de liquidación”, cit., p. 2393.

⁷²¹ El convenio de realización entre la concursada y la administración concursal (con distinta formulación a la planteada en este trabajo) ha sido analizado en el IV Congreso de jueces especialistas en lo Mercantil. En principio parece que tal forma de enajenación sería de aplicación a la liquidación de la masa activa, aunque evita el control de los acreedores, pareciendo así que su “utilización puede entrañar un fraude procesal”. Vid.

5.4.2 Realización por persona o entidad especializada

La modalidad que posiblemente mejor se ajuste al objetivo de conseguir el mejor precio de venta de los elementos dispersos de la empresa y de los restantes bienes y derechos de la sociedad concursada, cuando se necesitan expertos en su enajenación, sea la realización por persona o entidad especializada⁷²²; mejor incluso que la venta directa por la administración concursal, a no ser que este órgano colegiado fuera especialista en los bienes objeto de enajenación y siempre que la venta directa fuera uno de los procedimientos habilitados en la vía de apremio (salvo el difícil convenio que se acordase al efecto entre el facultado en lugar de la deudora –la propia administración concursal- y los acreedores), ya que, como analizamos, la venta directa es solamente, y de modo expreso, la modalidad dispuesta por el legislador para la enajenación unitaria de la empresa o de sus unidades productivas, por fracaso de la subasta.

Para que pueda sustanciarse la enajenación de los elementos aislados de la empresa y el resto de bienes y derechos de la entidad concursada a través del mencionado procedimiento –y siguiendo la normativa aplicable a la ejecución singular- es indispensable, en primer lugar, que se solicite por “el ejecutante o el ejecutado con consentimiento del ejecutante” y se ordene finalmente por el tribunal su realización forzosa por persona o entidad especializada (art. 641.1 LEC), ya que, en ausencia de su solicitud o ante la denegación judicial, la realización de los bienes embargados –salvo si se autoriza un convenio de realización- se producirá mediante subasta judicial (art. 636.3 LEC).

Conclusiones 11ª y 13ª del IV Congreso de jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil, cit., RcP 9/2008, pp. 411 y 412.

⁷²² La realización del bien por persona o entidad especializada “responde a la idea de una más eficaz protección de los derechos en juego en el proceso de ejecución (y ahora en el concurso), porque la realización del bien por una persona o entidad experta en el mercado de que se trate constituye, por lo menos en principio, una garantía de un precio de venta superior” CORDÓN MORENO, F., “Reglas legales supletorias”, cit., p. 1000.

La finalidad de la enajenación de los elementos aislados de la empresa es lograr el mejor precio con el que atender los créditos de los acreedores. No existen otros criterios de preferencia, una vez admitido por el juez que para los intereses del concurso es más conveniente esta solución que la enajenación unitaria de la empresa e incluso que la venta de sus unidades productivas. En consecuencia ni a la venta de los elementos componentes de la empresa, ni al mandato de presentación de ofertas de compra, les afecta el condicionante de elegir entre los potenciales compradores a quien garantice la continuidad de la empresa (puesto que ya no existe la empresa como tal, al dividirla en sus componentes aislados) y la permanencia de los puestos de trabajo. Los representantes de los trabajadores ya emitieron su informe sobre la decisión a adoptar; incluso el juez los recibió en audiencia en la que, posiblemente, remacharon sus argumentos a favor de la permanencia de la actividad, quizá admitiendo la extinción de los puestos de trabajo. El juez, después de analizar el informe de la administración concursal y de utilizar sus propios conocimientos sobre la situación de la empresa adoptó la decisión de dividir la empresa en sus elementos componentes y procurar su venta; resolución que, revistiendo la forma de auto, es irrecurrible por precepto legal.

Ni el ejecutante, y menos el ejecutado (aquí no se prevé legalmente la petición por quién acredite interés directo en la ejecución) son partes idóneas en el procedimiento concursal para elevar la solicitud de enajenación por persona o entidad especializada. Los administradores de la entidad concursada carecen de facultades de administración y disposición desde la apertura de la fase de liquidación. El ejecutante –los acreedores que integran la masa pasiva- difícilmente van a lograr cristalizar una voluntad mayoritaria, determinante para actuar en esta fase de liquidación; sin embargo, la administración concursal, que sustituye a los administradores de la sociedad concursada, cuenta con facultades suficientes, no sólo como representante legal del patrimonio en liquidación, sino con las atribuciones que la propia normativa le ha conferido a fin de llevar a buen término el procedimiento concursal, para presentar aquella solicitud de enajenación. Será,

por tanto este órgano concursal quien solicite del juez⁷²³ la admisión de esta modalidad y proponga la entidad que, a su juicio, reúna las mejores condiciones para realizar con éxito su cometido. La administración concursal deberá analizar previamente e informar al juez acerca de las características de los elementos divididos de la empresa y del resto de bienes y derechos de la sociedad concursada, con el fin de ratificar que el modo de enajenación elegido es el más adecuado y por tanto aconsejable⁷²⁴. Parece que la norma quiere evitar que se adopte esta modalidad de realización para aquellos elementos de la empresa o bienes de la entidad concursada que al no tener unas connotaciones de singularidad o especificidad manifiestas, no requieran de especialistas, tanto por la justa consideración de su valor como para conseguir potenciales compradores de los mismos⁷²⁵. Juntamente con la idoneidad de los elementos a enajenar mediante este procedimiento, la administración concursal elevará informe al juez sobre la aptitud de la persona o entidad especializada para lograr que la venta se realice en las mejores condiciones, con demostración de su experiencia en los mercados en que se efectúan transacciones de estos bienes y el aval de buen negociador que aporte, así como su amplio conocimiento de los potenciales adquirentes. La persona o entidad elegida prestará caución suficiente (salvo que se encomiende a una entidad pública) en la cuantía que el juez determine, para responder del cumplimiento del encargo. Deberá reunir además todos los requisitos legalmente exigidos para desempeñar su cometido: licencia de actividad, titulación requerida y si es una entidad, pago actualizado de tasas o impuestos, última presentación de cuentas en Registro Mercantil, alta de trabajadores, pagos a la Seguridad Social... El encargo tendrá un plazo de duración determinado, que no excederá de seis meses, salvo justificación razonada en motivos no imputables a la persona o entidad a la que se encomendó la enajenación, con duración de otros seis meses; transcurridos sin cumplir el encargo, éste será definitivamente revocado.

⁷²³ “La realización por persona o entidad especializada habrá de ser solicitada por la administración concursal, que deberá igualmente proponer a quien haya de realizar la enajenación y habrá de ser autorizada por el juez del concurso”. BELTRÁN, E.- MERCADER, J., “Operaciones de liquidación”, cit., p. 2394.

⁷²⁴ Entiendo que debe excepcionarse su utilización para la enajenación de aquellos bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, los cuales tienen una vía específica de enajenación, cual es la del nº 4 del art. 155 LC.

⁷²⁵ Elementos normalmente susceptibles de enajenación por entidad especializada podrían ser: las máquinas para el almacenaje robotizado; los stocks de motores de aeronáutica o las instalaciones de radiación mediante energía fotovoltaica.

El juez acordará mediante providencia que los elementos aislados de la empresa o el resto de bienes y derechos de la sociedad concursada se enajenen por la persona o entidad especializada elegida, así como la caución que ésta deba prestar y las condiciones en que deba efectuarse la realización; los bienes muebles no podrán ser enajenados por precio inferior al 50% de su avalúo, ni los inmuebles por debajo del 70% del valor atribuido, salvo que la administración concursal no propusiera otros límites y éstos fueran aprobados por el juez⁷²⁶. La valoración de cada uno de los elementos aislados o de los bienes de la concursada constan en el inventario, con arreglo al valor de mercado (art. 82.3 LC), para cuyo cómputo se habrá tenido en cuenta los derechos, gravámenes o cargas que les afecten o influyan en su valor. Sólo se necesitará una nueva valoración si hubiera habido, en el lapso de tiempo transcurrido, variaciones al alza o a la baja, que aconsejen una revaluación⁷²⁷.

Si se hubiera producido la apertura de la liquidación por incumplimiento de un convenio, con rescisión de oficio del mismo, o bien por petición de la sociedad concursada o a solicitud de algún acreedor en base a lo preceptuado en los nn. 3 y 4 del art. 142 LC, deberá rehacerse el inventario, ya que habrán desaparecido bienes –no sólo del activo circulante sino incluso del inmovilizado- adquirido otros, produciéndose incluso modificaciones en las cargas y gravámenes que afectaban a los bienes y derechos que

⁷²⁶ La enajenación por entidad especializada ha sido tratado en el IV Congreso de jueces especialistas en lo Mercantil. Justifican la opción, aunque se generen nuevos gastos a la masa, por las mayores posibilidades de enajenación de los bienes, así como la probable consecución de un mayor precio. Consideran que no debe ser alterada la previsión de la caución a prestar por la entidad especializada, si bien el tope para su venta en el 50% de su avalúo puede ser excesivo, al tratarse habitualmente de bienes residuales con uso muy limitado por su estado. Por otra parte el plazo de seis meses para efectuar la venta puede parecer algo excesivo en comparación con el plazo del informe trimestral de la administración concursal y de las consecuencias de exceder el plazo de un año para finalizar la liquidación, debiendo estudiarse la posibilidad de recortar ese plazo otorgado por el art. 641.5 LEC a la entidad especializada para la venta. Vid. Conclusión 10ª del IV Congreso de jueces especialistas..., cit., RcP 9/2008, p. 409.

⁷²⁷ UCEDA OJEDA cuestiona la necesidad de un nuevo avalúo de los bienes a la hora de proceder a su enajenación, en cuanto que en la valoración “se han tenido en cuenta (art. 82 LC) los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales, trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa (art. 82 LC), con lo que se obtiene un precio ajustado y, por otro lado, el art. 96 LC prescribe que se impugne el avalúo por los que se consideren perjudicados, tanto el deudor como los acreedores, por lo que parece innecesario cargar con nuevos gastos a la masa de la quiebra”. UCEDA OJEDA, J., “Operaciones de liquidación”, cit., p. 698.

continúan tanto en el activo empresarial como en el resto de la masa activa de la sociedad concursada. En este caso deberá ajustarse la valoración de los bienes a los cambios ocurridos y evaluar los nuevos bienes y derechos que también serán objeto de enajenación.

La forma de enajenar los elementos y demás bienes y derechos por la persona o entidad especializada también debe ser objeto de consideración por el juez, ya que sólo si él lo dispone “se acomodará a las reglas y usos de la casa o entidad que subaste o enajene” (art. 641.1 LEC). No parece que el juez tome la decisión de subastar, enajenar u otra fórmula de realización. Sólo se indica en la norma que puede dejar que por uno de esos procedimientos la entidad enajene siguiendo sus propias reglas, o bien imponga que la subasta o la enajenación se desarrolle mediante el protocolo de condiciones que el juez imponga. Importa resaltar la forma de realización: subasta o venta directa por la entidad. Subasta que no tiene por qué acomodarse a las formalidades y requisitos exigidos por la ley a la subasta judicial, tanto si la entidad subastadora es privada o es una sociedad o entidad pública. Tan solo debe ajustarse en sus reglas y usos –si el juez no ha dispuesto otra cosa- a cumplir con el fin de la ejecución concursal –esencialmente conseguir el mayor valor de los elementos y demás bienes para la cobertura de los créditos de los acreedores- y a proteger de manera adecuada los intereses del concurso. Esta subasta, en su expresión, recuerda al término idéntico empleado en la regla 1ª del art. 149 LC sobre enajenación del conjunto de la empresa o de sus unidades productivas, la cual dispone que su enajenación se hará mediante subasta, sin añadir el calificativo de “judicial”, como tampoco se incluye en el nº 4 del art. 155 (la realización...se hará en subasta...), al tratar de la realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, por contraposición a la subasta judicial recogida expresamente en la LEC, (art. 636.2.2º y 640. 2). La propia LEC, cuando utiliza el término “subasta”, sin otro calificativo (salvo en las normas sobre subasta de bienes muebles o inmuebles, en la que está ya estableciendo el procedimiento de la propia subasta judicial) aclara a cuál de ellas se refiere: se procederá a la subasta “en la forma prevista en esta ley” (art. 640. 4) cuando por incumplimiento del acuerdo de realización, el ejecutante puede pedir que se alce la suspensión de la ejecución y se proceda a la subasta, no con sujeción a cualquier otra formalidad, sino de la manera recogida en la LEC.

En la subasta por entidad especializada ésta se ajustará –si el juez no dispone otra cosa- a las reglas y usos de la casa subastadora. Entiendo que si para conseguir mejor precio es preciso aplazar su pago, será el juez quien previamente habrá analizado esta eventualidad, previendo con seguridad el mayor plazo admisible y, en todo caso, la consecución de máximas garantías. La elección de enajenar mediante subasta o por venta directa la tomará, como ya hemos apuntado, la propia entidad encargada de su realización.

¿Por cuenta de quién se realiza la enajenación? ¿Quién faculta a la persona o entidad enajenante de los elementos aislados de la empresa y demás bienes de la concursada? Algunos autores consideran que la administración concursal es el sujeto encargado de materializar y llevar a la práctica las operaciones de liquidación, produciéndose una delegación de funciones de este órgano concursal en la persona o entidad especializada, conceptuando su figura como auxiliar delegado, ya que “la participación de la administración concursal en la fase de liquidación del proceso concursal no queda sujeta a un régimen diferente en función de que las actuaciones liquidativas vengan regladas por un plan liquidativo o por aquellas normas supletorias, no distinguiendo tampoco la LC entre ambos supuestos para mantener o apartar al mencionado órgano concursal de los trámites de realización patrimonial”⁷²⁸.

Después de un detenido análisis de las funciones del órgano de administración concursal en la fase liquidatoria y en concreto de sus atribuciones en la liquidación a través de las RLS, así como de la normativa reguladora de la ejecución en vía de apremio mediante persona o entidad especializada y de su posible incardinación en la figura de los

⁷²⁸ Según HUALDE LÓPEZ “el hecho de que el órgano judicial se encuentre investido de todas las potestades decisorias no equivale a que la administración concursal pase a ser un mero espectador de las actuaciones propias de la fase en que nos encontramos (se refiere el autor a la liquidación mediante las RLS). Antes, al contrario, éste será el órgano que ejecute, bajo la dirección de aquél, el contenido de las resoluciones judiciales adoptadas con motivo de la liquidación del haber concursal. En otras palabras, el sujeto encargado de materializar o llevar a la práctica las operaciones liquidativas que dichas resoluciones impliquen. Función que se confunde con las correspondientes a la persona o entidad especializada cuando se le encomienda la realización de bienes y derechos objeto de embargo en la ejecución singular o, en el proceso concursal, si se recurre a esa vía para dar cauce a la realización aislada de todos o parte de los componentes del patrimonio concursal”. HUALDE LÓPEZ, J., “La Fase de Liquidación...”, cit., pp. 384-386.

auxiliares delegados en el proceso concursal, parece arriesgado concluir que la persona o entidad enajenante de los elementos aislados empresariales y demás bienes y derechos de la masa activa concursal actúe por delegación de facultades de la administración concursal, tal y como ocurre con los auxiliares delegados.

La administración concursal ejerce en plenitud sus facultades de disposición para llevar a buen término el plan de liquidación aprobado por el juez. Nada obsta tampoco al ejercicio de su función en la enajenación directa a través de las RLS, llegado el caso de quedar desierta la subasta. La LC no pone trabas a las facultades otorgadas por la propia LC, en sustitución de los administradores societarios cesados a la apertura de la fase de liquidación. Pero esas facultades deben orientarse a “proceder de conformidad con lo establecido en esta Ley” (art. 145. 3 in fine). Y la regla supletoria 3ª (art. 149.1 LC) dispone la enajenación de los bienes y derechos del concursado, según su naturaleza, “conforme a las disposiciones establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el procedimiento de apremio”. En consecuencia deberemos analizar cómo se pronuncia el legislador al regular la realización por persona o entidad especializada, con relación al origen de sus facultades y al órgano delegante. Aunque, como anteriormente quedó aclarado, que es la administración concursal quien solicita del tribunal la intervención de esa persona o entidad especializada, de esa petición no se deriva que, con la anuencia del juez, se produzca una delegación de facultades desde la administración concursal hacia el sujeto elegido para enajenar los elementos empresariales y demás bienes y derechos de la masa activa concursal. Antes al contrario, la norma dispone que “el tribunal... podrá acordar que el bien lo realice persona especializada....”. También podrá acordar el tribunal.....que el bien se enajene por medio de entidad especializada pública o privada” (art. 641.1 LEC). Parece pues que el juez del concurso es quien faculta directamente a la persona o entidad especializada para enajenar esos bienes. La administración concursal solicita esa modalidad de ejecución por vía de apremio, pero quien –una vez adoptada la decisión- concede la facultad de enajenar esos bienes, en virtud de una norma imperativa, es el juez del concurso. Bien distinta es la formulación que el art. 32.1 LC hace de la delegación de funciones a los auxiliares: “la administración concursal –se dispone en la norma- podrá solicitar autorización del juez para delegar determinadas funciones...en los

auxiliares que aquélla proponga”. El órgano de administración concursal cursa solicitud al juez para delegar determinadas funciones y el juez autoriza esta delegación. El juez no autoriza ninguna delegación hacia la persona o entidad especializada que va a enajenar los bienes aislados de la masa activa concursal, sino que directamente “acuerda que los enajene”. No hay ningún mandato dictado por el juez de delegación de facultades desde la administración concursal a la persona o entidad especializada. El mandato es facultarle la enajenación de aquellos bienes. Por otra parte, la retribución de los auxiliares delegados corre a cargo de los administradores concursales, salvo que el juez acuerde otra cosa, en proporción a la que corresponda a cada administrador (art. 32. 2 LC). Esta forma de retribución es bien diferente a la que corresponde a la persona o entidad especializada, ya que sus emolumentos, y los gastos efectuados, generalmente se descontarán de la cantidad obtenida en la realización de los bienes, una vez terminada su venta, no detrayéndose en ningún caso de las retribuciones de los administradores concursales. Por las razones expuestas, no parece que haya una relación de dependencia de la entidad especializada con la administración concursal, como resulta, sin embargo, clara la existente entre los auxiliares delegados y ese órgano de administración concursal, confirmada por la responsabilidad solidaria de los administradores concursales con los auxiliares delegados, respecto a los actos y omisiones de éstos (art. 36.3 LC), que en modo alguno existe en el caso de la persona o entidad especializada. Por ello, los auxiliares delegados no depositan cantidad alguna de la que pueda detraerse, en su caso, la responsabilidad pecuniaria por los actos u omisiones lesivas que pudieran haber realizado; todo lo contrario a lo que ocurre con la persona o entidad especializada, “que deberá prestar caución en la cuantía que el tribunal determine para responder del cumplimiento del encargo (art. 641.2 LEC). Por último, el juez, de oficio o a instancia de cualquier miembro de la administración concursal, puede revocar el nombramiento de auxiliares delegados (art. 37.1 LC). En el caso de la persona o entidad encargada de la enajenación el juez –sin necesidad de ninguna otra instancia- dicta auto revocando el encargo, en caso de incumplimiento en el plazo de seis meses, prorrogables a otros seis, si se demuestra que la realización no ha sido posible por causas que no le son imputables (art. 641.5 LEC), aplicándose la caución –una vez revocado finalmente el encargo- a los fines de la ejecución, que no son otros que la atención de los créditos de los acreedores concursales.

De lo expuesto no parece que deba subsumirse en la figura de los auxiliares delegados a las personas o entidades especializadas, facultadas por el juez para enajenar los componentes aislados empresariales y demás bienes y derechos de la masa activa concursal⁷²⁹. Razón suficiente para concluir que los encargados de la ejecución para realizar o enajenar los elementos aislados de la empresa y el resto de bienes y derechos de la masa activa concursal en liquidación, no incluidos en los arts. 634-635 LEC⁷³⁰, son esos especialistas y no la administración concursal. En cambio, este órgano, en caso de venta directa –por fracaso de la subasta de la empresa unitaria- (o para llevar a cabo el plan de liquidación) podría auxiliarse, ahora sí, (amparado en el art. 83 LC) en personas o entidades especializadas en calidad de expertos, con el fin de ayudarle a conseguir un mayor valor o a encontrar potenciales adquirentes. Pero la venta “directa” la llevará a cabo la administración concursal si el juez así lo acordase (art. 149.1. regla 1ª LC). Al igual que, por mandato legal podrá el juez acordar, que sean los especialistas quienes procedan a la realización de los bienes aislados de la empresa y del resto de bienes y derechos de la concursada, mediante subasta o enajenación directa (art. 641 LEC, por remisión de la regla 3ª del art. 149.1. LC). Resta decir que la administración concursal, en este supuesto, no queda totalmente desvinculada de las operaciones de enajenación, ya que realizará su función de control y supervisión de la actuación de los especialistas, informando trimestralmente al juez del estado de la enajenación y de las posibles incidencias que hubiere; de la posible buena realización del encargo en plazo o de su incumplimiento, aportando su apreciación al juez sobre los motivos del retraso y su apreciación del posible

⁷²⁹ Quizá pudiera haber alguna similitud con los expertos independientes (art. 83.1 LC) que la administración concursal propone y el juez autoriza para la estimación de los valores de bienes y derechos o la viabilidad de las acciones en los litigios cuyo resultado afecte a la masa activa. Perciben honorarios por su asesoramiento (art. 83.2 LC) y como expresamente se indica, son independientes, tanto de la entidad concursada, de los acreedores, como de la propia administración concursal. Sin embargo, ni por la cualificación de su función –elaboración de informes-, ni por el órgano receptor de los mismos –la administración concursal-, ni tampoco por lo que se refiere a la forma de pago de sus honorarios –con cargo a la masa- podemos parangonar su figura con la de persona o entidad especializada en la enajenación de los bienes en liquidación por vía de apremio. Las facultades conferidas por el juez para enajenar esos bienes; el órgano que debe aprobar la operación: el propio juez y el descuento de sus emolumentos de la cantidad obtenida por la enajenación no parece que sean asimilables a la función de los expertos independientes en el concurso.

⁷³⁰ Recuérdese que los bienes objetos de enajenación por los especialistas son aquéllos que no estuvieran comprendidos en los arts. 634-635 LEC, circunscribiéndose a los inmuebles, bienes muebles distintos de las acciones, otras participaciones sociales, obligaciones, títulos de deuda, etc.

éxito del encargo, si se le concediese una prórroga en el plazo de ejecución, prórroga o revocación del encargo que dictará el juez mediante el correspondiente auto. Si se optase por la revocación, la administración concursal podrá solicitar del juez un nuevo especialista para llevar a cabo la realización de los bienes o proponerle incluso la subasta judicial (art. 636. 2 LEC). Pero si se solicitase del juez nuevamente la enajenación por especialista, el juez admitiese la proposición y facultase a la persona o entidad presentada, la administración concursal continuaría con sus funciones de vigilancia, inspección y control, pero dejando siempre la facultad de disposición al especialista, la cual le ha sido directamente concedida por el juez.

Si el incumplimiento del encargo fue debido a causas imputables al especialista, la caución se aplicará a los fines de la ejecución, es decir a incrementar el caudal líquido de la masa activa con que atender los créditos de los acreedores. Cuando el encargo resultase cumplido el juez deberá aprobar la operación, siempre que considere correcta la actuación de la persona o entidad especializada, con las justificaciones oportunas, si fueren necesarias, -sin olvidar el informe de la administración concursal- tanto de la propia realización como de las circunstancias en que se haya producido la enajenación de los elementos empresariales y demás bienes y derechos de la concursada. El juez aprobará, mediante providencia las enajenaciones que se produzcan con arreglo a lo previsto en los dos artículos anteriores (art. 642. 2 LEC) (es decir, al convenio de realización judicialmente aprobado y a la realización por persona o entidad especializada). La enajenación ya se ha producido; se ha perfeccionado por el acuerdo entre adquirente y entidad especializada. El juez aprueba la operación a posteriori (“deberá aprobar la operación”, art. 641.4 in fine LEC) siempre que se hayan cumplido los requisitos que la ley o el propio juez hubieran impuesto. La enajenación, aunque realizada, está sujeta a una condición resolutoria: la aprobación del juez; en caso de denegación, y siempre que pudiera ajustarse la realización a las prescripciones legales o judiciales, la enajenación quedaría en suspenso hasta tanto se subsanaran las contravenciones.

5.4.3 La subasta judicial

Sin convenio de realización –ya indicamos las dificultades inherentes al procedimiento concursal para conseguir un convenio interpartes- y faltando la realización por persona o entidad especializada, la realización de los elementos aislados de la empresa y del resto de bienes y derechos (no realizables mediante entrega directa o mediante su venta en Bolsa o por fedatario público: arts. 634-635 LEC) se producirá mediante subasta, en este caso judicial, es decir de acuerdo con las disposiciones establecidas en la LEC para esta forma de realización tanto de bienes muebles como inmuebles, siempre teniendo en cuenta las peculiaridades del procedimiento universal y los intereses concursales que prevalecerán, en caso de colisión, respecto a las normas generales del procedimiento de apremio. La LEC, por lo que respecta a la prioridad en la realización, muestra su preferencia por la subasta judicial. Si no se solicita por la administración concursal, ni se ordena por el juez una manera diversa de realización forzosa, será la subasta judicial el procedimiento legal para la realización de aquéllos bienes. La LC también impone la subasta (ahora sin calificativo alguno) a la hora de enajenar la empresa como un todo o su división en unidades productivas, con la peculiaridad de no admitir –como lo hace la LEC- la posibilidad de elegir un convenio o la enajenación por persona o entidad especializada en lugar de la subasta judicial.

La subasta –sobre todo la subasta judicial tal y como se regula en vía de apremio- con frecuencia no suele conseguir los mejores resultados, con el perjuicio que de ello se deriva para los acreedores. Por ello es importante la posibilidad de acudir a especialistas que probablemente obtendrán un mayor valor, sabrán encontrar los potenciales adquirentes con mayor interés por la compra y seguramente en tiempo no dilatado, con los importantes beneficios que ello comporta para los acreedores, máxime cuando la realización de los elementos aislados de la empresa no está ya condicionada por los criterios de preferencia, como ocurre con la realización de la empresa unitaria o sus ramas autónomas de actividad, sino solamente con la consecución del mayor precio posible con que atender los créditos de los acreedores.

La subasta judicial deberá ajustarse –acomodada al procedimiento universal del concurso- a las normas contenidas en los arts. 655-675 LEC, como especialidad para los bienes inmuebles, aplicándose también los arts. 643-654 LEC como norma general a los mismos, así como a los bienes muebles. La correcta valoración de los bienes y una adecuada publicidad son factores de importancia si el procedimiento aplicable a su realización es la subasta judicial. Consideramos suficiente el análisis efectuado en el capítulo correspondiente a la subasta de la empresa, obviamente sin el condicionante de los criterios de preferencia en las ofertas de compra y con la mayor sujeción a las normas procesales de la LEC que la subasta del conjunto empresarial o de sus unidades productivas, puesto que para aquellos casos el legislador ha dispuesto el procedimiento de subasta, sin ajustarse estrictamente a aquellas normas.

VII.6 Enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial

En esta fase de liquidación, aplicando las RLS a los elementos aislados de la empresa –una vez decidida la división por el juez- y a los demás bienes y derechos de la sociedad concursada, el legislador ha querido deslindar el procedimiento de enajenación de los elementos empresariales y otros bienes y derechos no privilegiados o incluso afectos a créditos con privilegio general (art. 91 LC) de aquellos créditos con privilegio especial, aplicándoles dos formulaciones diferentes: para los primeros, enajenación según su naturaleza, mediante las disposiciones establecidas por la LEC para la vía de apremio; y en el caso de bienes y derechos afectos a privilegio especial, ajustarse a lo dispuesto en el art. 155.4 LC. El legislador, al igual que ha marcado –quizá sin la debida claridad- el camino para la enajenación de la empresa unitaria y la de sus unidades productivas, ha querido diferenciar la enajenación de los bienes y derechos sujetos a créditos especialmente garantizados, de aquéllos sin ninguna afección o tan sólo afectos a un privilegio general. Con la remarcable coincidencia al disponer idénticas formas de enajenación, tanto para la enajenación de la empresa como un todo o de sus ramas de actividad como para esos bienes y derechos afectos a créditos especialmente garantizados, como son la subasta y la venta directa (aunque esta última no sea algo residual para los bienes afectos a créditos con privilegio especial, sino alternativa, como más adelante analizaremos).

6.1 Créditos con privilegio especial

El art.90 LC, según señala ALONSO LEDESMA⁷³¹, recoge en primer lugar –como créditos especialmente privilegiados- determinados derechos reales de garantía sobre bienes o derechos ajenos (hipotecas, art. 90.1.1º; prenda, nn. 1. 1º, 5º y 6º). Un segundo grupo de derechos asimilado a los primeros (anticresis 90. 1. 2º; refaccionarios 1. 3º), pues la garantía recae sobre los frutos del inmueble gravado o sobre los bienes a cuyo incremento de valor se ha contribuido, dentro de la propia empresa –refaccionarios laborales- o fuera de ella y, finalmente, un tercer bloque que comprende las titularidades dominicales empleadas como fines de garantía (reserva de dominio, cláusula resolutoria expresa, arrendamiento financiero...).

Aunque el pago de estos créditos privilegiados se hará con cargo a los bienes y derechos afectos (art. 155.1 LC) una vez que se haya ejecutado el crédito, el nº 2 del mencionado artículo deja abierta la posibilidad de atender su pago con cargo a la masa⁷³² – sin realizar los bienes o derechos objeto del gravamen-, tanto por lo que se refiere a las cantidades ya vencidas como a la totalidad de vencimientos futuros, siempre y cuando no se haya aprobado un convenio que les afecte, haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin apertura de la liquidación o, incluso, -aunque hubiera transcurrido ese plazo- si continúa suspendida la ejecución iniciada con anterioridad a la declaración de concurso. Esta excepción al sistema habilitado para su pago parece tener su razón de ser en la necesidad de mantener en el activo de la empresa aquellos bienes y

⁷³¹ ALONSO LEDESMA, C., “Pago de créditos con privilegio especial. Art. 155”, en PULGAR EZQUERRA, J.-ALONSO LEDESMA, C.-ALCOVER GARAU, G.- ALONSO UREBA, A., *Comentarios a la legislación concursal*, T. II, Dykinson, Madrid 2004, p. 902.

⁷³² El art. 84.2.7º LC postula la consideración de créditos contra la masa a “los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial, sin realización de los bienes o derechos afectos,... correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado”.

En la Loi de sauvegarde francesa de 2005 –art. L 642-25 párrafo 1º- se establece también la posibilidad por parte del liquidador, con autorización del Juez Comisario, de retirar los bienes constituidos en prenda por el deudor, pagando la deuda existente. De esta manera no se contraría el proyecto de cesión eventual de la empresa, aunque la norma no sólo es aplicable en caso de cesión de empresa, sino también en la realización de bienes aislados por el liquidador. Vid. PEROCHON, F.-BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté...*, o.c., p. 382.

derechos indispensables para su actividad; actividad que generalmente continuará, aún en fase de liquidación, si se fuera a enajenar la empresa en su conjunto o por ramas de actividad y que difícilmente podría llevarse a cabo su realización si faltasen esos bienes. Quizá pudiera también aceptarse el pago de la totalidad del crédito garantizado con cargo a la masa, anticipando su cancelación para liberar de gravamen el bien o derecho afecto, cuando por ser tan exigua la amortización pendiente respecto al valor del bien, el beneficio que pudiera obtenerse en su enajenación –si el juez ha optado por enajenar aisladamente los elementos de la empresa-, podría aportar a la masa activa dinero en cuantía muy superior a la tesorería destinada a su cancelación.

6.2 Distintas posibilidades de realización de bienes y derechos afectos a privilegio especial.

El art. 155.4 LC posibilita la realización⁷³³ de estos bienes y derechos en cualquier estado del concurso a los acreedores con garantías reales o con acciones para la recuperación de bienes vendidos con pago aplazado o cedidos mediante arrendamiento financiero sobre aquellos bienes afectos a la actividad empresarial o a una unidad productiva. Sin embargo, el art. 56. 1 LC restringe su realización a la aprobación de un convenio que no afecte al ejercicio de ese derecho o bien al transcurso de un año desde la declaración de concurso sin apertura de la fase de liquidación. Más todavía. Cuando esos bienes o derechos fueran necesarios para la continuidad de la actividad empresarial– aunque estuvieran publicados los anuncios de la subasta- también se suspenderá su ejecución (art. 56.2 LC) En definitiva, en la fase común del concurso, una vez declarado éste, sólo podrán realizarse aquellos bienes y derechos afectos a privilegio especial cuya ejecución separada se hubiera iniciado antes de la declaración de concurso y no estuvieran afectos a la actividad empresarial, como por ejemplo activos financieros de rentabilidad o inmuebles adscritos al stock o incorporados al inmovilizado sin vinculación a la actividad.

⁷³³ El inicio de ejecuciones singulares de garantías reales o de recuperaciones de bienes vendidos o cedidos en arrendamiento financiero deberá haberse efectuado antes de la declaración de concurso, para conservar el derecho a un procedimiento separado. Los acreedores, en este caso, no pierden la garantía, pero su ejecución se tramitará en el procedimiento colectivo. Abierta la fase de liquidación, sólo podrán proseguirse las actuaciones suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada (art. 57.3 LC).

Igualmente podrá llevarse a término la subasta, cuyos anuncios estuvieran publicados antes de la declaración de concurso, de aquellos bienes y derechos afectos pero que –aun estando vinculados a la actividad empresarial- no son necesarios para continuar su actividad⁷³⁴. No parece, por tanto, aconsejable –aunque en fase de liquidación hayan desaparecido las trabas para la ejecución de garantías reales y acciones de recuperación de bienes vendidos o cedidos mediante leasing- que el juez autorice el inicio o reanudación de su ejecución, cuando sean imprescindibles para la actividad empresarial. Queda, no obstante, supeditado el procedimiento de venta al informe de la administración concursal, ya que este órgano es el más interesado en defender la enajenación unitaria de la empresa, cuando se haya demostrado su viabilidad, quien –entendemos- procederá a solicitar la enajenación de esos bienes o derechos afectos si la falta de viabilidad de la empresa o de sus ramas de actividad es manifiesta, según demostración técnica. De todos modos será el juez quien, en última instancia, decidirá sobre su enajenación, oyendo antes, cuando menos, a la concursada⁷³⁵ y al titular del crédito garantizado e, incluso, a los acreedores ordinarios y representantes de los trabajadores, si fuera importante la decisión para los intereses del concurso, ya que sus argumentos –sobre todo si el juez se hubiera decantado por la venta unitaria de la empresa- podrían ser decisivos para autorizar o no su enajenación⁷³⁶. El juez, a tenor del art. 155.3 LC, puede no sólo prohibir su venta, sino incluso decidir su autorización con subsistencia del gravamen o libre del mismo, sirviendo en este caso el precio de la enajenación para el pago del crédito especialmente privilegiado, aplicándose el remanente, si lo hubiere, al pago de los demás créditos.

⁷³⁴ El legislador distingue entre bienes y derechos afectos genéricamente a la actividad de la empresa de los que resultan imprescindibles para su continuidad. Estos últimos, aunque la subasta estuviera tan avanzada, - la publicación de anuncios de la misma supone su conocimiento público- deberá paralizarse su realización hasta que pueda reanudarse en base al art. 56.1 LC.

⁷³⁵ No olvidemos que los administradores de la sociedad concursada, aunque suspendidos de las facultades de disposición y administración del patrimonio concursal, mantienen su voz en el proceso, que no debe ser suplida ni silenciada, con el fin de garantizar su defensa en el marco del concurso, como ha recordado el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid, procedim. 8/2004 de 28 de septiembre de 2005 (ADC T. VIII, 2006, p. 472)..

⁷³⁶ La administración concursal ante la posibilidad de venta unitaria de la empresa, y antes de iniciarse la fase de liquidación, podrá haber optado –sin realizar los bienes y derechos afectos- por atender el pago de las amortizaciones e intereses vencidos con cargo a la masa, con la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa (art. 155.2 LC). Incluso parece que si el crédito estuviera vencido en su totalidad podría también cancelarlo con cargo a la masa. GARRIDO, J.Mª. “Pago de créditos con privilegio especial”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E, *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Thomson -Civitas, Madrid 2004, p.2451.

6.2.1 Enajenación de bienes y derechos afectos con subsistencia de gravamen

El juez, según el mencionado art. 155.3, podrá autorizar la enajenación de los bienes y derechos afectos “con subsistencia de gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor”. La expresión utilizada por el legislador “cuando haya de procederse...a su enajenación” –y por lo que se refiere a la fase de liquidación- puede referirse a la necesidad objetiva de proceder a su enajenación, como puede suceder en aquellos casos en los que sea necesario proteger los intereses de la generalidad de los acreedores⁷³⁷ e incluso cuando el concurso carezca de liquidez para satisfacer créditos contra la masa y siempre que no sean necesarios para una probable venta unitaria de la empresa. La subsistencia de gravamen y la subrogación del adquirente en la obligación del deudor comportan un presupuesto lógico y una consecuencia derivada de la subrogación. En primer lugar el valor del bien o derecho afecto al crédito privilegiado deberá exceder en gran medida, de acuerdo con una tasación actualizada, del importe global del crédito en el que se subroga el comprador. De lo contrario sería muy difícil que alguien accediera a subrogarse en la posición del deudor a no ser con determinadas garantías que equilibrasen la situación. Por otra parte, la subrogación del adquirente en la obligación de pago, apoyándonos en la diferencia del importe del crédito respecto al valor del bien, no debería presentar problemas de cobro para el acreedor a la hora de una posible ejecución de la garantía, teniendo en cuenta además que, por la indivisibilidad de las causas de preferencia, el privilegio especial recae sobre la totalidad del bien⁷³⁸.

El cambio de deudor que implica la subrogación del adquirente en la posición que aquél ocupaba parece que requiera el consentimiento del acreedor, siguiendo la regla general de la novación, mediante la cual la sustitución de un nuevo deudor en lugar del

⁷³⁷ Así sucederá, indica GARRIDO, cuando los bienes objeto del privilegio especial sufran una rápida depreciación (por ejemplo, cierto tipo de maquinaria) o cuando por su propia naturaleza están expuestos a un grave deterioro por el transcurso del tiempo (bienes perecederos), pudiendo suceder también que los costes de almacenamiento sean elevados. Vid. GARRIDO, J.Mª., *Pago de créditos...*, cit., p. 2457.

⁷³⁸ GARRIDO, J.Mª., *“Pago de créditos...”*, cit., p. 2457. Argumento, a nuestro juicio válido siempre en el supuesto de inexistencia de otros gravámenes sobre el bien con prelación de cobro, que, en caso contrario, podrían disminuir el remanente aplicable al subrogado en la garantía, en caso de ejecución.

primitivo, no puede hacerse sin el consentimiento del acreedor (art. 1205 Cc)⁷³⁹. Sin embargo, la dicción de la norma parece indicar ser suficiente la autorización judicial para la enajenación con subsistencia de gravamen y subrogación del adquirente, condicionando la misma tan solo a la audiencia de los interesados (previa solicitud de la administración concursal)⁷⁴⁰. El juez no estaría vinculado por lo que digan los interesados. El acreedor, aunque puede expresar su oposición a esta venta, en las condiciones que plantea la norma, no parece que pudiera obligar al juez a modificar su decisión, impidiéndole autorizar la misma⁷⁴¹.

Puesto que el “cambio de deudor in consentido” alberga dudas sobre su legalidad, el juez deberá ser especialmente cuidadoso en el estudio y posterior decisión, adquiriendo suficiente certidumbre sobre la amplia cobertura del bien sobre el total de la deuda garantizada y de la solvencia e incluso honorabilidad del nuevo deudor⁷⁴².

⁷³⁹ Sigue este criterio ALONSO LEDESMA cuando afirma: “Como en este caso lo que tiene lugar es un cambio de deudor se requiere el consentimiento del acreedor”. ALONSO LEDESMA, C., “Pago de créditos con privilegio especial”, cit., p. 1378. PEROCHON, glosa el art. L 642-12 C.Com. (modificado por la Ley de salvamento de 2005) estableciendo alguna similitud con el art. 155.3 LC, el cual dispone que la carga futura de reembolso del crédito con garantía real sobre el bien cedido y que haya financiado la adquisición del bien, se transfiera automáticamente al cesionario, estando obligado éste a pagar al acreedor los plazos concertados y pendientes de pago a partir de la transferencia de la propiedad. Transmisión de la deuda que no libera al deudor ni su garantía, teniendo lugar de pleno derecho desde la cesión del bien y que ni el Tribunal ni el acreedor pueden hacer otra cosa que admitirlo. Sin embargo, se autoriza al cesionario a ponerse de acuerdo con el acreedor para descartar esa transferencia. PEROCHON, F., “El nuevo Derecho francés...”, art. cit., p. 96, con referencia a ALONSO LEDESMA, C., en sus comentarios al art. 155.3 LC, sobre pago de créditos con privilegio especial”, *Comentarios...*, o.c., , p. 1378)

⁷⁴⁰ En base a lo preceptuado, algunos autores consideran que la falta de obligatoriedad en el consentimiento del acreedor está fundamentada en la propia norma. La enajenación del bien –según BUFETE MARROQUÍN- si bien es posible con la debida autorización judicial, será en todo caso con la carga y el adquirente asumirá su cumplimiento, con novación *ope legis* por subrogación del adquirente en la obligación del consentimiento del concursado transmitente. BUFETE MARROQUÍN, “Pago créditos con privilegio especial”, en *La nueva Ley Concursal*, cit., pp. 829-831.

⁷⁴¹ Para VALPUESTA GASTAMINZA “esto exceptúa la regla general según la cual el cambio de deudor exige el consentimiento expreso del acreedor (art. 1205 Cc), lo cual no deja de resultar un tanto sorprendente. La razón puede ser que al estar el crédito garantizado y el deudor primitivo en concurso, no parece que la postura del acreedor vaya a resultar perjudicada por el cambio de deudor. Sin embargo, esta venta claramente le puede perjudicar si el bien afecto es de valor inferior al del crédito, pues en tal caso si el adquirente no le paga y es insolvente, no va a poder cobrar todo su crédito con la ejecución del bien”. VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Pago de créditos con privilegio especial”, en CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., p. 1026.

⁷⁴² Este cambio de deudor in consentido no resulta muy lógico. Por esta razón consideramos que el juez no debería autorizar este tipo de venta si el valor del bien no basta para cubrir lo adeudado o el adquirente no

Finalmente la obligación crediticia queda excluida de la masa pasiva. Deja de ser crédito concursal, pasando a ser un crédito garantizado mediante garantía real, al que se le aplicará la ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos, en caso de ejecución, que ahora será singular. Por ello debe resaltarse en mayor medida la cautela del juez a la hora de ponderar el valor del bien y la solvencia del nuevo titular y a la vez deudor del crédito afectado por el gravamen, ya que el déficit en una posible ejecución forzosa, no cubierto por la enajenación, sería incobrable si el nuevo titular fuera insolvente, con el agravante de no poder incluirlo en la masa pasiva del concurso, ya que el nuevo deudor nada tiene que ver con el procedimiento concursal, ni tampoco el acreedor que gozó del privilegio es ya ahora un acreedor concursal.

6.2.2 Enajenación de bienes y derechos sin subsistencia de gravamen

El juez podrá conceder autorización para su venta sin permitir que los bienes o derechos continúen afectos al crédito. En tal caso, el producto obtenido se aplicará en primer lugar a cancelar el crédito privilegiado. Si hubiera remanente se destinará al pago de los demás créditos (art. 155.3 LC), comenzando por atender los créditos contra la masa. (art.156 LC)⁷⁴³. Cuando, por el contrario, el producto obtenido de su enajenación no cubriese la totalidad del crédito, la parte no satisfecha a favor del acreedor perjudicado - también la porción de intereses cubiertos por la garantía y no atendidos- tendrá la consideración de crédito concursal ordinario (art. 157. 2 LC)⁷⁴⁴. Sin embargo, los intereses no cubiertos por la garantía serán créditos subordinados (arts. 59.1 y 92.3º LC). Para gozar de los beneficios concursales los acreedores especialmente privilegiados deberán haber comunicado sus créditos en tiempo (arts. 21.1.5º y 85.1 LC) y forma (art. 85.2, 3 y 4

inspira suficiente confianza en su solvencia” VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Pago de créditos...”, cit., p. 1027.

⁷⁴³ Lo mismo ocurrirá en la ejecución de los créditos privilegiados sobre buques y aeronaves, una vez realizados esos bienes de acuerdo con su legislación específica. El remanente que pudiera resultar a favor de la entidad concursada servirá para atender en primer lugar los pagos de créditos contra la masa. (art. 76.3 LC). El superávit se utilizará para el pago de los créditos con privilegio general y, si quedase remanente, se atendería al pago de los créditos ordinarios (arts. 156 y 157 LC).

⁷⁴⁴ Vid. ALONSO LEDESMA, C., “Pago de créditos...”, cit., p. 1379 y UCEDA OJEDA, J., “Comentario al art. 155”, cit., p. 720.

LC), haber sido incluido en la lista de acreedores (art. 86 LC) y, en su caso, impugnado en plazo la lista en lo que les afecte (art. 96 LC).⁷⁴⁵

Si un mismo bien se encuentra afecto a más de un crédito con privilegio especial, la Ley dispone efectuar los pagos siguiendo la regla de la prioridad temporal, de acuerdo con el cumplimiento de los requisitos y formalidades previstas en su legislación específica para su oponibilidad a terceros: fecha en la que resultan inscritos los derechos en el Registro de la Propiedad, de Bienes Muebles o cuando se hubiere tomado nota de la garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta y –de acuerdo con lo indicado por ALONSO LEDESMA- “no como erróneamente pudiera pensarse por el orden en que se enumeran estos créditos en el art. 90 LC”⁷⁴⁶.

Por lo que atañe a la prenda normal, -que excluye por su propia naturaleza la concurrencia de distintos acreedores al estar el bien en manos del propio acreedor o de un tercero- habrá que estar a la fecha de los documentos en que se hayan constituido en el difícil supuesto de existir varias prendas para un mismo crédito. Sobre la prelación en los créditos refaccionarios, cuando concurren los trabajadores con otros acreedores con derecho real de garantía sobre los mismos bienes elaborados por todos ellos, nada indica la Ley. Para algunos autores⁷⁴⁷ ante la elección entre la prioridad temporal del nacimiento de los créditos o la prorrata, consideran más justa esta segunda opción. Otros, en cambio,⁷⁴⁸ aplican por analogía el art. 32.2 ET (redacción dada por la Disp. Final 14ª.2 LC) en el que se dispone que “los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en

⁷⁴⁵ Los créditos afectos a un privilegio especial de aquellos acreedores especialmente relacionados con la entidad concursada (art. 93.2 LC) tendrán la consideración de créditos subordinados (art. 92. 5º LC), si no se hubiere impugnado en tiempo y forma esa calificación (art. 97. 2 LC) y siempre que hubiera prosperado, mediante sentencia firme, la impugnación (art. 196. 4 LC).

⁷⁴⁶ ALONSO LEDESMA, C., *Pago de créditos...*, cit., pp. 1380-1381.

⁷⁴⁷ Vid. UCEDA OJEDA, J., “Comentario al art. 155”, cit., p. 721

⁷⁴⁸ Vid. ALONSO LEDESMA, C., *Pago de créditos...*, cit., p. 1381. En línea con esta interpretación traemos a colación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, 17/02/2006, en la que se sostiene la necesidad de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de los créditos refaccionarios no laborales (distintos a los créditos de los trabajadores) para su debida protección y reconocimiento del privilegio, distinguiéndolos expresamente de aquéllos atribuidos a los trabajadores. PRIETO GARCÍA NIETO, I., *Legislación concursal ...*, o.c., p. 157.

posesión del empresario”, precepto que confiere a los trabajadores una prioridad absoluta sobre los bienes que hayan elaborado. Compartimos esta opinión, considerándola más ajustada a derecho.

Sobre la prioridad en el pago de los créditos con hipoteca legal tácita el art. 194 LH dispone la prioridad del Estado, CCAA y entidades locales⁷⁴⁹ sobre cualquier otro acreedor e incluso tercer adquirente, sea cual fuere la garantía existente, con afección de determinados bienes (incluso aunque se hubieran inscrito sus derechos en el Registro) al gozar de hipoteca legal tácita, respecto a aquellas exacciones contempladas en las normas que las regulan y con un alcance temporal determinado. El art. 78 LGT (58/2003 de 17 de diciembre) actualiza y amplía el contenido de la hipoteca legal tácita, los sujetos beneficiados y el alcance de la preferencia⁷⁵⁰. Se incluyen también en esta clase especial de hipotecas la afectación de inmuebles sujetos a tributos periódicos directos, tales como el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y, aunque no haya periodicidad, el derecho de afección sobre los bienes y derechos transmitidos (tributos que gravan las transmisiones patrimoniales, el IVA y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones)⁷⁵¹.

⁷⁴⁹ La referencia del art. 194 LH a “las Provincias o los Pueblos” queda sustituida por CCAA y entidades locales (Vid. art. 78 LGT).

⁷⁵⁰ Según el art. 78 LGT las entidades que gozan de la preferencia son el Estado, las CCAA y las entidades locales. Los bienes y derechos afectos son los inmuebles inscritos en un registro público (la norma no se circunscribe a los inmuebles, sino a cualquier bien o derecho inscrito en registro público, no afectando, por tanto, a los no inscribibles), alcanzando además a los productos directos, ciertos o presuntos, de aquéllos. Los tributos a los que alcanza la preferencia son los que gravan periódicamente los bienes y derechos indicados. Los acreedores perjudicados por la prelación son cualquier otro acreedor, diferente a los indicados, así como cualquier adquirente (éstos de manera subsidiaria, ante el impago de la deuda) de los bienes afectados por el privilegio, aunque tuviera inscrito su derecho. Esta hipoteca legal alcanza a las deudas devengadas y no satisfechas, correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior.

Si hubiera colisión en la preferencia Estado-CCAA-entes locales considero debiera seguirse el principio de prioridad temporal del devengo de la deuda (salvo cláusulas específicas en los Estatutos de Autonomía y en los conciertos de éstas con los entes locales).

⁷⁵¹ La hipoteca naval, siempre que se hubiera constituido con arreglo a los requisitos de la LHN, así como el derecho garantizado a los tenedores de cédulas y bonos hipotecarios y tenedores de cédulas territoriales (arts. 14 Ley 2/1981 Ley de regulación del Mercado Hipotecario y 13 de la Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, según redacción Disp. Final 19ª LC) -cuyas prestaciones no venzan durante el concurso en cuyo caso serán atendidas con cargo a la masa- parecen gozar también de hipoteca legal tácita. Por otra parte, devengadas y no satisfechas las primas o dividendos al asegurador, deberá constituirse la hipoteca por toda la cantidad que se debiere. La inscripción no surtirá efecto sino desde su fecha, resultando privilegiados estos créditos cuando se inscriba en el Registro el asiento de presentación (art. 24 LH) y no desde el impago, no pudiendo así considerarse tácita esta hipoteca legal.

De acuerdo con ALONSO LEDESMA estas son las únicas hipotecas legales tácitas que debieran en puridad considerarse⁷⁵²; las demás sólo confieren el derecho a la constitución de una hipoteca, sea de forma voluntaria por el obligado o forzosa por vía judicial (hipotecas legales, art. 158 LH), como el crédito preferente del asegurador sobre las primas o dividendos devengados durante dos años o los créditos a favor de las comunidades de propietarios por las cuotas impagadas de los gastos comunes del año en curso y la anualidad anterior (art. 9. 1. e LPH)⁷⁵³.

Para finalizar este apartado conviene apuntar que la venta de bienes y derechos afectos, con o sin subsistencia de gravamen, en la fase de liquidación, pudiera ser contraproducente no sólo si no se tiene en cuenta la necesidad de su función en la actividad de la empresa, sino también si no se aprecia debidamente su utilidad. Puede darse el caso de venta de maquinaria afecta a un crédito privilegiado, cuyo valor de mercado -mediante una correcta tasación- como unidad separada, sea menor que su consideración integrada en el proceso productivo; aunque su venta no paralice, ni sea necesaria para la actividad de la empresa, su venta por separado puede mermar el producto que se obtuviera de haberlo hecho como un elemento más de ésta. El juez, y previamente la administración concursal en su informe, deberán prestar especial atención a este aspecto, no sólo por lo que se refiere a su necesidad para la actividad de la empresa, cuando se pretenda venderla como un todo, sino también al mayor valor a obtener en su enajenación integrando la unidad empresarial, aunque su realización por separado no interfiera la venta unitaria.

⁷⁵² ALONSO LEDESMA, C., “Pago de créditos...”, cit., p. 1381.

⁷⁵³ Por resolución de la DGRN se supedita la eficacia del derecho a la previa inscripción registral de la demanda interpuesta contra el comunero moroso o del embargo efectuado.

6.2.3 Enajenación de bienes y derechos afectos, necesarios para la continuidad de la actividad de la empresa

Aún estando en fase de liquidación –y por tanto desaparecida la paralización de la ejecución o realización de las garantías reales o bien del ejercicio de las acciones de recuperación de bienes vendidos o cedidos en arrendamiento financiero (art. 56. 1 LC)⁷⁵⁴, sería admisible, en principio, el pago de las cantidades crediticias vencidas con cargo a la masa, sin realización de esos bienes afectos, siempre que la administración concursal comunicase al acreedor titular del crédito privilegiado esa posibilidad y estuviera de acuerdo con tal opción⁷⁵⁵. Posibilidad que sería de interés para el caso de enajenación unitaria de la empresa, cuando el bien o derecho afecto al crédito especialmente privilegiado resultare necesario para la actividad empresarial. De esta manera el potencial adquirente de la empresa, juntamente con el precio de salida y demás condiciones de venta conocería el gravamen que pesa sobre determinados elementos y le serviría para presentar su mejor oferta, conociendo la situación de aquellos bienes indispensables para continuar la actividad empresarial. En nuestra opinión también podría sostenerse –en fase de liquidación- la cancelación del crédito con cargo a la masa sin realización de los bienes o derechos afectos que, sin ser indispensables para el correcto funcionamiento de la empresa, su permanencia en el activo empresarial, como anteriormente exponíamos, incrementaría de forma notable su valor –tanto el global de la empresa como el de esos elementos aislados-⁷⁵⁶.

⁷⁵⁴ La administración concursal, durante la paralización de las acciones o suspensión de actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, puede atender al pago de amortizaciones e intereses vencidos con cargo a la masa, sin realizar los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, antes de transcurrir los plazos previstos en el n° 1 del art. 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso (art. 56. 3 en relación con 155.2. LC)

⁷⁵⁵ Consideramos que debe solicitarse la autorización del titular del crédito privilegiado ya que –abierta la fase de liquidación- nada obsta a la petición por su parte de realizar el bien o derecho afecto al crédito, en vez de pasar por la regularización del crédito con cargo a la masa, ya que mediante su enajenación percibiría el importe del mismo (siempre que el remate fuera igual o superior al principal e intereses privilegiados); la puesta al día del crédito significa para el acreedor continuar en la relación crediticia, con el inconveniente de un futuro impago por parte de la masa que comportaría la realización de los bienes o derechos afectos.

⁷⁵⁶ Podría ser aconsejable incluso la cancelación del crédito que grava el elemento afecto con cargo a la masa, como ya hemos analizado anteriormente, cuando por el escaso monto del crédito por vencer o por la gran diferencia entre el valor del elemento empresarial y lo que resta del crédito en vigor, las ventajas del

La enajenación de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, imprescindibles para la actividad, sólo sería aconsejable si la opción elegida por el juez fuera la de la venta por separado de los elementos componentes de la empresa, tanto si la autorización judicial fuera con subsistencia de gravamen, con subrogación del adquirente en la obligación de la entidad concursada, como en el caso en que la autoridad judicial decidiera resolver a favor de la venta directa para cancelar el crédito garantizado por el privilegio. El juez al tomar la decisión de realizar por separado los elementos aislados de la empresa y el resto de bienes y derechos integrados en la masa activa, tanto si la adopta mediante auto aprobando el plan de liquidación, como si fuera el resultado de la aplicación de la Regla supletoria 1ª, deja vía libre a su enajenación, en virtud de lo dispuesto en el apartado 4 del art. 155 LC. Sin embargo, al tratarse de un elemento componente de la empresa, básico para su actividad, al desaparecer del activo empresarial mediante su enajenación, mermaría considerablemente el valor de la empresa si la decisión del juez hubiera sido la de su venta unitaria mediante subasta o, si ésta fracasase y con su autorización, mediante venta directa. Más aún, no podría hablarse de venta unitaria de la empresa, ya que la ausencia de un elemento imprescindible para su actividad truncaría de raíz la enajenación del conjunto empresarial⁷⁵⁷. En el caso de haberse adoptado la enajenación –previa división de la empresa- de las unidades productivas autónomas resultantes sería posible –si el bien o derecho afecto fuera imprescindible para la actividad de alguna de esas unidades y no para el resto- que el juez aprobase la venta de la unidad productiva afectada, incluyendo el elemento necesario para su funcionamiento, a solicitud de la administración concursal y cumpliendo el procedimiento contemplado en el art. 155.4 LC.

desembolso a efectuar serían muy superiores a la detracción del metálico que supondría su extinción, siempre que la cancelación fuera posible en base al clausulado de la garantía real o de las condiciones de compra aplazada o del leasing concertado.

⁷⁵⁷ Vid ALONSO LEDESMA, C., “Pago de créditos...”, cit., p. 1380.

6.2.4 Enajenación unitaria de la empresa o de sus ramas autónomas incluyendo los bienes o derechos afectos a privilegio especial en las RLS

Adoptada la decisión por el juez de enajenar la empresa como un todo o la de sus unidades productivas cuando alguno de sus elementos integrantes está afecto a privilegio especial, ¿qué tratamiento de venta habrá de dársele a los elementos afectos dentro de la realización global de la empresa?

La Regla supletoria 1ª dispone expresamente la subasta –la venta directa será solución subsidiaria si quedare desierta- para la enajenación de la empresa en su conjunto o por unidades productivas; subasta concursal (y no propiamente judicial, como lo es la establecida en vía de apremio) con sus características propias y sus criterios de preferencia, como ya en su momento expusimos. Y por lo que se refiere a la realización de bienes y derechos afectos a privilegio especial, es también la subasta concursal, regulada en el art. 155.4 LC (salvo que el juez autorice su venta directa). Subasta que, como anteriormente analizamos, no parece quiera incardinarla el legislador en la regulada para la vía de apremio, ya que de lo contrario no hubiera hecho falta distinguir en la Regla supletoria 3ª el modo de enajenar los elementos componentes de la empresa y demás bienes y derechos del concursado (en este caso mediante las disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio, en la que una de las modalidades es la subasta “judicial”) del aplicable a los bienes y derechos afectos a privilegio especial (la subasta, sin ningún calificativo). Así pues, parece que será posible enajenar el bien o derecho afecto a privilegio especial mediante subasta (no tendría sentido solicitar del juez su venta directa – salvo de resultar desierta la subasta- cuando la empresa unitaria va a ser subastada, por un principio de homogeneidad y racionalidad en el modo de enajenar), incluyendo en el valor del total a subastar, el precio pactado entre la administración concursal y el titular del elemento empresarial sujeto a privilegio o previamente fijado en el instrumento correspondiente –caso de hipoteca o prenda, por ejemplo- cantidad que se aplicará a cancelar la deuda gravada, detrayéndose del remate, una vez finalizada la subasta.

Cabría también la enajenación del bien gravado, integrado en la subasta de la empresa o rama productiva, con subrogación del adquirente en el gravamen en la forma dispuesta en el art. 155. 3 LC⁷⁵⁸ en virtud de la autorización judicial, si bien el precio del bien o derecho afecto deberá haberse pactado previamente entre la administración concursal y el titular del crédito privilegiado (art. 155.4 LC).

6.3 Procedimiento de realización de los bienes y derechos afectos a privilegio especial

Los bienes y derechos afectos a créditos especialmente privilegiados pueden realizarse en fase de liquidación bien mediante ejecución individual o separada o en ejecución colectiva, como analizamos en el apartado anterior. Tienen derecho a ejecución separada los acreedores que no hubieran perdido este derecho por haberlo ejercitado antes de la declaración de concurso (art. 57.3 LC), iniciándose la ejecución en pieza separada –abierta ya en fase de liquidación- cuando lo acuerde el juez del concurso (art. 57. 1 LC), así como quienes tuvieran las actuaciones suspendidas, en virtud de lo dispuesto en el art. 56 LC. En estos casos se reanudarán las actuaciones mediante su acumulación al procedimiento de ejecución colectiva pero en pieza separada. La ejecución colectiva, es decir de manera conjunta con otros bienes aunque sin pérdida de su garantía, se llevará a cabo cuando el acreedor garantizado no hubiera hecho valer el ejercicio de su acción antes de que se declarase el concurso.

En cualquiera de los dos procedimientos –ejecución individual o separada y ejecución colectiva- tiene aplicación la norma sobre liquidación de bienes y derechos afectos a créditos especialmente privilegiados⁷⁵⁹ . Normalmente la enajenación de estos bienes y derechos afectos se realizará individualmente o por lotes, aunque nada impide que se

⁷⁵⁸ Aplicamos sustancialmente lo expresado por ALONSO LEDESMA para la venta en globo de la empresa con el bien afecto incorporado mediante un plan de liquidación: “si entre los activos que integran la empresa se encuentra alguno afecto a la satisfacción de un crédito con privilegio especial el importe en que se haya valorado dicho activo en el inventario habrá de detraerse del importe global obtenido por la venta de la empresa el cual se aplicará a la satisfacción del acreedor garantizado, con la correspondiente cancelación del gravamen, aunque nada impide que en el plan se prevean soluciones distintas como la de que el adquirente de la empresa se subrogue en la obligación del deudor” ALONSO LEDESMA, C., “Pago de créditos...”, cit., p. 1380.

⁷⁵⁹ GARRIDO, J.Mª., “Pago de créditos...”, cit., p. 2460.

sustancie formando parte del resto de elementos que componen el activo empresarial al venderse la empresa unitaria o por ramas productivas autónomas, tanto siguiendo un plan de liquidación como a través de la Regla supletoria 1ª, ya que tanto con la flexibilidad del procedimiento de venta de la empresa como un todo, que comporta el plan de liquidación como mediante subasta o venta directa, si resultare desierta, según la Regla 1ª de las supletorias, podrán enajenarse los bienes y derechos afectos⁷⁶⁰.

6.3.1 Subasta como regla general

El modo de realización de estos bienes y derechos, por regla general, será la subasta (“se hará en subasta”, indica literalmente el art. 155. 4 LC) al igual que la enajenación del conjunto empresarial o de sus unidades productivas (“se hará mediante subasta”, dispone el art. 149.1.1ª LC). Al hilo de la exposición efectuada al tratar de la venta de la empresa como un todo mediante las RLS, aquí tampoco se concreta a que género de subasta se refiere, ya que, como anteriormente hemos analizado, hay distintas clases de subastas: públicas o privadas (se incluyen aquí las subastas notariales); por persona o entidad especializada (art. 641.1 LEC), además de la denominada en la LEC subasta judicial (art. 636.2.2º). Y puesto que el procedimiento concursal es especial, por su carácter colectivo no debe extrañar la indefinición del legislador al indicar genéricamente este modo de ejecución. Antes al contrario, parece que ha querido deliberadamente –tanto en la venta de la empresa como un todo como en la de los bienes y derechos afectos a privilegio especial– dejar que el juez, en cada caso, habilite un procedimiento específico de subasta, llamémosle sincrético –subasta concursal– mediante el cual, utilizando como base las disposiciones de la subasta judicial en vía de apremio, tenga libertad para adecuarla a los casos concretos⁷⁶¹, tal y como puede hacerlo al autorizar la venta de la empresa como un

⁷⁶⁰ Cabe incluso el rescate del bien o derecho afecto, liberándolo de la carga mediante el pago con recursos de la masa, cuando subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, e incluso sin haberse iniciado las actuaciones, a solicitud de la administración concursal pero siempre, en este caso, con la autorización del juez. Además sería posible la venta integrada, como ya hemos anteriormente expuesto, en la ejecución unitaria de la empresa, con subsistencia del gravamen y subrogación del adquirente.

⁷⁶¹ Con evidente acierto DE LA CUESTA RUTE, al referirse a este tipo de realización, indica que “la enajenación de los bienes afectos a los créditos con privilegio especial se hará en subasta. No dice la ley el

todo mediante un plan de liquidación⁷⁶². Por otra parte, ¿qué necesidad había en distinguir la enajenación de los demás bienes y derechos del concursado, incluidos los elementos componentes de la empresa, de los bienes afectos a privilegio especial? El legislador bien podía haber ordenado la enajenación por vía de apremio (una de sus modalidades es la subasta judicial, art. 636.2.2º LEC) para todos los bienes y no lo hizo. Así como para la empresa en su conjunto -en nuestra opinión-, tampoco lo dispuso.

Quienes dan por supuesto que el régimen de ejecución intraconcursal es el régimen general que para la subasta contempla la LEC, con la peculiaridad de ser el juez competente el del concurso y cuyas normas han de acomodarse a la regulación propia del concurso⁷⁶³, consideran el avalúo de los bienes innecesario al constar su existencia en el informe de la administración concursal. Sin embargo parece que el precio fijado para la subasta de los bienes y derechos afectos así como para su venta directa debe ser pactado (incluso si hiciera falta con la ayuda de un experto independiente). ¿Y qué decir del importe de la fianza en este tipo de subastas? ¿Acaso no puede el juez disponer una cuantía diferente a la preceptuada en la LEC para el depósito previo o modificar los requisitos para pujar o bien el plazo para anunciar la subasta? Sin olvidar el propio desarrollo de la subasta. La publicidad de una segunda o tercera subasta; el diferencial en el importe de las posturas respecto al valor del bien o, para finalizar (sin que ello suponga agotar las posibles singularidades respecto a la subasta judicial) el pago de contado del bien subastado, por contraposición al ofrecimiento de pago aplazado permitido en la subasta judicial (art. 650.3 LEC).

género de subasta por lo que ha de pensarse que cabe la que no sea judicial”. DE LA CUESTA RUTE, J. M^a., “La fase de liquidación”, art. cit., p. 275.

⁷⁶² Aunque esencialmente cabe equiparar los dos géneros de subasta regulada en las RLS (para la empresa unitaria y para los bienes afectos a créditos especialmente privilegiados) existen algunas diferencias partiendo de la distinta categoría de acreedores (colectivos en la subasta de la empresa; singulares, en la de los bienes afectos) y de procedimientos (concursal uno; generalmente como pieza separada, acumulada al procedimiento de ejecución colectiva el segundo. La subasta de la empresa unitaria ajustará el precio de salida, generalmente, al que resulte del inventario o de la valoración actualizada mediante informe pericial; sin embargo, en la subasta de los bienes afectos el precio de subasta será el pactado; además, en esta subasta la elección de mejor oferta no está condicionada por los criterios de preferencia como, en cambio, sucede en la subasta de la empresa unitaria o la de sus ramas productivas.

⁷⁶³ Vid. GARRIDO, J. M^a., “Pago de créditos...”, cit., p. 2461.

En consonancia con lo expuesto parece que la subasta de estos bienes y derechos afectos –subasta concursal- debiera ajustarse al procedimiento que el juez habilite para cada caso concreto, con referencia básica a las disposiciones de la LEC, salvo cuando considere conveniente excepcionar sus reglas, siguiendo lo preceptuado en el art. 155.4 LC, con la finalidad de conseguir el mayor precio que pueda satisfacer totalmente el crédito singularmente privilegiado y, si fuera posible, aporte remanente para atender los créditos contra la masa e, incluso, los afectos a privilegio general y ordinarios.

6.3.2 La venta directa como forma opcional

Aunque la subasta se considere el modo general de enajenación para estos bienes y derechos afectos, el legislador brinda la posibilidad de una fórmula alternativa, cual es la venta directa⁷⁶⁴, asimilada a la dispuesta en la regla 1ª para la realización de la empresa unitaria o de sus ramas de actividad, si bien ésta –enajenación directa se la denomina en la norma- solamente podrá acordarse por el juez si la subasta hubiera quedado desierta. Esta variante de venta no es subsidiaria sino alternativa, ya que en lugar de proceder a la subasta de bienes o derechos, la administración concursal puede adoptar la decisión de solicitar del juez su autorización para venderlos de forma directa.

La legitimación para solicitar la autorización judicial corresponde exclusivamente a la administración concursal de forma bien diferente a lo preceptuado en la LEC para solicitar el modo de realización de bienes y derechos en vía de apremio, en la que se reconoce una amplia variedad de legitimados –“ejecutante, ejecutado y quien acredite interés directo en la ejecución” (art. 640.1 LEC)-⁷⁶⁵. El juez deberá antes de adoptar la decisión oír a la entidad concursada –los administradores societarios continúan teniendo voz durante la

⁷⁶⁴ Para ALONSO LEDESMA “la LC parece tener presente, fundamentalmente, la ejecución hipotecaria o de prenda de bienes muebles, dado que la realización de otro tipo de bienes o derechos no siempre puede realizarse mediante subasta o, al menos, no resulta el procedimiento más idóneo para proceder a su enajenación. A estos efectos entendemos que habrá de estar a lo dispuesto en la LEC para el procedimiento de apremio (arts. 634 a 636, a los que remite el art. 694 para la realización de los bienes pignorados) cuando el privilegio especial recaiga sobre valores estén o no admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, o sobre créditos, etc.” ALONSO LEDESMA, C., “Pago de créditos...”, cit., p. 1379.

⁷⁶⁵ GARRIDO, J. Mª, “Pago de créditos...”, cit., p. 2462.

fase de liquidación- y al acreedor (o acreedores) titular del privilegio⁷⁶⁶, quienes expondrán sus apreciaciones respecto a la conveniencia o no de elegir la venta directa. Sorprende que, cuando menos, no se hubiera dejado también al acreedor privilegiado solicitar este modo alternativo de enajenación, por cuanto es el principal interesado en que, por lo menos, el precio del remate cubra su crédito.

La existencia previa de un ofertante, dispuesto a pagar un precio al contado superior al que estuviera pactado puede ser un factor determinante que inste al juez a autorizar la venta directa. Parece deducirse del precepto que la existencia de oferta por un tercero, en las condiciones expresadas, será requisito indispensable para que el juez pueda autorizar la venta mediante esta modalidad. Sin embargo, después de una atenta lectura no parece que debiera circunscribirse la posible autorización judicial a la existencia de un oferente, sino que puede concederla “al oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado”, es decir, a cualquier oferente, tanto con la oferta ya presentada⁷⁶⁷ como al que la efectúe en momento posterior, siempre que el precio de la misma supere como mínimo el precio pactado, se efectúe al contado y cumpla con la solvencia exigida y el resto de condiciones que el órgano judicial haya determinado⁷⁶⁸. Esta posible autorización, todavía sin oferente, puede ser beneficiosa para conseguir la concurrencia de una pluralidad de potenciales adquirentes, conocedores de la venta y sus condiciones mediante la publicidad preceptiva y a través del propio titular del bien, de proveedores y clientes de la entidad concursada, de manera que se vea ampliado el número de interesados. El oferente, en consecuencia, no tiene por qué circunscribirse a una determinada categoría, sino que puede ser cualquier persona, también un acreedor de la sociedad concursada e incluso el propio acreedor privilegiado, a excepción de cualquier miembro de la administración

⁷⁶⁶ Para FERNÁNDEZ SEIJO la venta directa de bienes sometidos a privilegio especial del art. 155.4 LC exige la previa autorización del acreedor, apartándose de la literalidad de la norma, que tan sólo exige oír al acreedor titular del privilegio, además de al concursado. FERNÁNDEZ SEIJO, J. M^a, “Notas sobre la liquidación anticipada”, art. cit., p. 274.

⁷⁶⁷ Vid QUICIOS DE MOLINA, S., Comentario al art. 155”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos. T. II, Madrid 2004, pp. 1686-1687. Para este autor caben las dos posibilidades: autorización con oferta predeterminada o autorización antes de la presentación de un concreto oferente.

⁷⁶⁸ “El precio se ha de ofrecer al contado y la oferta debe ser pura y completa (art. 1262 Cc) sin poder quedar sometida a ningún tipo de condición”. GARRIDO, J. M^a, “Pago de créditos...”, cit., p. 2463.

concursal, ni siquiera por persona interpuesta, por expresa prohibición de la Ley (art. 151.1 LC).

Cómo debe regularse el precio pactado, a partir del cual tienen que ofertar al alza los que deseen su adjudicación, quiénes sean las partes legitimadas para concertarlo y en qué momento deba cristalizarse, no se determina en el apartado 4 del art. 155 LC. Para algunos autores es cuestionable la procedencia de un acuerdo para determinar el precio mínimo tanto entre la administración concursal y el titular acreedor del crédito privilegiado como entre el órgano colegiado concursal y los terceros oferentes, pues ello comportaría un riesgo de pactos para favorecer los intereses de determinada persona o grupo, optando por dejar a criterio de la administración concursal la fijación del precio que normalmente coincidirá con el avalúo recogido en el inventario de la masa activa o en la revaluación que se efectúe, si han variado de manera apreciable las circunstancias que determinaron su valor inventariado⁷⁶⁹. Otro sector doctrinal considera que en defecto de pacto no debe fijarse el precio mínimo en función del avalúo del bien (art. 637 LEC) sino más bien mediante cualquier concierto que hubiera existido entre el titular del crédito privilegiado y la entidad concursada, antes o durante la ejecución, según dispone el propio art. 637 LEC. La falta de pacto no impediría la venta directa; ésta se produciría con inexistencia de limitaciones cuantitativas a la oferta del potencial adquirente, comunicada al juez por la administración concursal⁷⁷⁰. Sin embargo el precepto no parece admitir duda sobre la existencia de un pacto sobre el precio mínimo del bien o derecho a ofertar en venta directa. Pacto que, antes de la ejecución, se habrá fijado en la escritura de constitución de la hipoteca o prenda en la que los interesados tasan el bien a efectos de subasta o incluso –si no se hubiera señalado en caso de prenda– el importe total de la

⁷⁶⁹ Vid. HUALDE LÓPEZ, J., “La fase de liquidación”, cit., p. 400. En parecidos términos se decanta GARRIDO, J. M^a., “Pago de créditos...”, cit., p. 2463. Para este autor la Ley parece presuponer que ya se ha señalado la subasta y que se ha fijado el precio para la misma (art. 644 LEC), tomándose como referencia, para la fijación del precio, el avalúo que la administración concursal tiene que incluir en el inventario (art. 82.3 LC). Para VÁZQUEZ IRUZUBIETA “lo del mínimo pactado es una prevención inútil, pues un oferente en acuerdo torticero con otro puede ofrecer por debajo de lo que se desea pagar para luego ofertar el segundo de ellos, un precio superior a ese mínimo” VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Comentario al art. 155. Pago de créditos con privilegio especial”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, Dijusa 2003, p. 995.

⁷⁷⁰ Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Comentarios al art. 155”, en SÁNCHEZ CALERO, J.-GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. III, Lex Nova, Valladolid 2004, p. 2670.

reclamación por principal, intereses, costas y gastos (arts. 682. 2. 1º y 694. 2 LEC), precios que, en última instancia, “obedecen al pacto concertado entre las partes en el momento constitutivo de las respectivas garantías”⁷⁷¹, siempre que antes de proceder a la realización del bien o derecho no se hubiera concertado otro distinto.

El pacto en el precio mínimo para ofertar la realización del bien o derecho afecto tiene su razón de ser, por un lado en la singularidad del acreedor especialmente privilegiado (uno o varios, pero no la colectividad que constituye la masa pasiva concursal), que defiende los intereses de la recuperación de su crédito y por otro en el carácter y fines especiales del legalmente subrogado en las facultades de disposición y administración de la sociedad concursada, es decir de la administración concursal, cuyo objetivo no es defender los intereses del titular de la entidad deudora sino velar por los del concurso, que en el caso específico de los bienes o derechos a enajenar individualmente es atender, no sólo al pago del crédito privilegiado sino, y sobre todo, conseguir el mayor valor del bien que va a ser objeto de ofertas, en beneficio de la totalidad de los acreedores del concurso. No hay que olvidar que el bien es enajenado para atender la totalidad del crédito del acreedor especialmente privilegiado⁷⁷² y, con el posible sobrante, contribuir a pagar los créditos contra la masa, los que gozan de privilegio general y, si todavía subsiste remanente, incluso los ordinarios y subordinados. Pero tampoco debe olvidarse que el bien o derecho puede venderse con subsistencia de gravamen.

En el primer caso el acreedor con privilegio especial aceptará cualquier precio presentado por la administración concursal que sirva para cobrar la totalidad de su crédito, procurando que no sea tan excesivo que ahuyente a potenciales ofertantes. Sin embargo, cuando subsista el gravamen hipotecario la realización del bien implica, por un lado, la subrogación del adquirente en la carga y por tanto la atención periódica de los vencimientos. El acreedor privilegiado defenderá no sólo la solvencia del potencial comprador del bien sino también un precio que, como mínimo, cubra el principal que resta

⁷⁷¹ GUILARTE GUTIÉRREZ, V.-. “Comentarios al art. 155”, cit., p. 2670.

⁷⁷² Deberá tenerse en cuenta –si se trata de créditos hipotecarios o garantizados con prenda sin desplazamiento- las posibles hipotecas legales tácitas que, como es sabido, tienen prioridad en el pago.

por vencer, más posibles intereses de demora, y las costas y gastos de un posible procedimiento de ejecución. El órgano colegiado concursal procurará, por su parte, que el precio mínimo a ofertar sea el de mercado, sobre todo si el bien o derecho a realizar ha conseguido una importante revalorización, ya que el importe neto, una vez deducido el monto del gravamen, va a servir en su totalidad para atender el crédito del resto de los acreedores tanto de la masa como concursales. En defecto de pacto considero posible acudir, de común acuerdo, a un experto independiente que, fije el precio mínimo al que deberá ajustarse la venta.⁷⁷³

Las partes legitimadas para pactar el precio son la entidad concursada –antes de la apertura de la fase de liquidación y siempre que mantuviera sus facultades de disposición durante la fase común- o la administración concursal, por un lado y por otro el acreedor o acreedores titulares del crédito con privilegio especial⁷⁷⁴. Su cristalización debiera de llevarse a cabo, como mínimo, antes de la toma de decisión del juez sobre el modo de llevar a cabo la realización –subasta o venta directa-. Aunque no haya un plazo perentorio que deba cumplirse sería recomendable haber pactado ya el precio mínimo antes incluso de solicitar del juez, en su caso, la autorización para la venta directa, teniendo en cuenta que, habrá casos en los que exista ya un oferente, debiendo entonces expresar en la solicitud quién sea la persona o entidad que desea su adquisición y qué precio oferta, el cual, por disposición legal deberá ser superior al precio al que se hubiera pactado. El juez,

⁷⁷³ En caso de realización de bienes objeto de refacción o anticréticos el camino más rápido para un acuerdo podría ser la valoración por experto independiente. Los trabajadores o los acreedores que contribuyeron a la elaboración del bien, en el primer caso, y los perceptores con derecho a los frutos del inmueble al pedir su realización por impago, en caso de anticresis, podrían pactar con la administración concursal la valoración que un experto determinase como mínimo a efectos de su enajenación. Como excepción, y para el caso de créditos por cuotas en un contrato de leasing, no existe un “precio mínimo pactado” a efectos de subasta, como subraya el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona de 19-03-2007, recogido por PRIETO GARCÍA NIETO, I, “Legislación Concursal ...”, cit., p. 215. Sin embargo, considero que la inexistencia previa de un precio mínimo pactado no es óbice para que el acreedor privilegiado y la administración concursal puedan llegar a un acuerdo sobre el mismo.

⁷⁷⁴ Extender el pacto a terceras personas interpretando que el pacto no es limitativo en lo personal no parece aconsejable. Vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Comentarios al art. 155. Pacto de créditos con privilegio especial”. cit., p. 995. Considero que la intervención de terceros –excepto expertos independientes con solvencia acreditada- puede prestarse a “acreedores de conveniencia” que trastocasen la limpieza de la realización más que ayudar a su diaphanía.

una vez se le haya presentado la solicitud, concederá audiencia a la entidad concursada⁷⁷⁵ y al acreedor titular del privilegio. Si son varios los acreedores privilegiados sobre el mismo bien expondrán ante el juez los criterios de su prioridad –fecha de inscripción de sus derechos en los Registros de Propiedad o de Bienes Muebles o de la anotación en cuenta de la garantía sobre los valores gravados-⁷⁷⁶, las razones de su elección –subasta o venta directa- para la realización del bien o derecho afecto, el precio mínimo de venta, la solvencia que debiera poseer el adquirente en caso de subsistencia de gravamen y, en su caso, las razones que pudieran desaconsejar la venta individualizada del bien afecto, sobre todo si consideran que la venta integrada, además de beneficiosa para obtener un mayor precio, podría ser incluso necesaria para conseguir la enajenación unitaria de la empresa o de alguna de sus ramas autónomas de actividad. El juez adoptará en el plazo más breve posible (art. 186.3 LC) la decisión que considere más oportuna⁷⁷⁷, que incluso pudiera ser la de suspender su realización para que pueda integrarse el bien en la venta global de la empresa. Si la autorización judicial es de aprobación de la venta directa –autorización que revestirá la forma de providencia, contra la que sólo cabrá recurso de reposición- así como sus condiciones, se anunciará con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien o derecho afecto⁷⁷⁸.

Después de publicarse el último de los anuncios se abre un plazo de diez días durante el cual podrán presentar ofertas que mejoren la del primer oferente, por cuya oferta se autorizó la venta directa o bien para que acudan postores que superen el precio mínimo publicado en las condiciones de venta. Transcurrido el plazo sin otros postores, salvo el

⁷⁷⁵ Este es uno de los supuestos en que la sociedad concursada puede hacer oír sus apreciaciones. El auto del Juzgado de la Mercantil nº 4 de Madrid, procedim. 8/2004 de 28-09-2005 (ADCon, T. I 2007, p. 471) así lo dispone, indicando que el cese como administradores (de la sociedad) no debe suponer que desaparezca la capacidad procesal que hasta entonces se permitía a la procesada, cuya personalidad conserva durante la fase de liquidación manteniendo su propia voz en el proceso, que no debe ser suplida ni silenciada (el subrayado es nuestro).

⁷⁷⁶ El criterio de la prioridad temporal para efectuar los pagos de los créditos con privilegio especial, ya se ha expuesto con anterioridad. Vid. ALONSO LEDESMA, C., “Pago de créditos...”, cit., p. 1381.

⁷⁷⁷ El auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona de 19-03-2007 (PRIETO GARCÍA NIETO, I., “Legislación concursal...”, cit., p. 215) apunta un requisito no contemplado expresamente en el art. 155.4 LC y es que la forma de tramitación propuesta suponga la solución más beneficiosa para los intereses del concurso.

⁷⁷⁸ Si no hubiera habido publicación de la subasta, al autorizarse antes la venta directa, el juez, entre las condiciones aprobadas, incorporará la publicidad que deba darse a esa venta, así como las normas a las que se someta la licitación entre varios ofertantes que mejoren –si la hubiere- la oferta inicial.

primer presentado, a él se le adjudicará el bien o derecho. Si se hubieran presentado en plazo otros postores que mejoren la oferta del primero o bien –si se autorizó la venta sin oferta previa- se hubieran presentado varios ofertantes mejorando el precio mínimo, el juez abrirá licitación entre ellos, iniciando una subasta al mejor postor. Previamente el juez habrá acordado imponer la fianza que estime conveniente (la norma nada indica sobre un posible porcentaje sobre el precio mínimo) así como las condiciones en que se desarrollará finalmente esta subasta –que acabará con la aprobación de la mejor postura, siempre que se haya ofertado el precio con pago de contado-.

Finalmente en la titulación otorgada al adquirente se ordenará la cancelación de todos los asientos que graven el bien afecto (salvo que la enajenación fuera con subsistencia de gravamen), ordenando extinguir el crédito de la masa pasiva⁷⁷⁹.

VII.7 La sucesión de la empresa

7.1 Preliminares

Como regla de cierre entre las RLS el apartado segundo del art. 149 LC recoge, tan solo a efectos laborales⁷⁸⁰, la sucesión de empresa, para el caso de su enajenación como un todo o de sus unidades productivas.

⁷⁷⁹ Vid. UCEDA OJEDA, J., “Comentario al art. 155”, cit., pp., 700-701.

⁷⁸⁰ El auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, Recurso de apelación 788/2007-R, de 29-noviembre 2007 (ADC 2008-2, nº 14, pp. 493-496), recoge sustancialmente el contenido del auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona (autos 122/2005, de 2 julio 2007); en su Fundamento Segundo expresa que la enajenación dentro de la liquidación se produce libre de cargas, salvo las garantías reales que graven alguno de los bienes adquiridos. El adquirente de la empresa asumirá las obligaciones laborales (salarios e indemnizaciones) porque a efectos laborales existe sucesión de empresa, sin perjuicio de que el juez pueda liberar al adquirente de alguna de sus obligaciones; pero no asumirá las deudas de la Seguridad Social ni las tributarias. No se está propiamente ante un supuesto de sucesión de empresa, ya que se trata de una venta forzosa. Tan solo a efectos laborales se considerará que existe sucesión de empresa. En este contexto, el crédito de la Seguridad Social como cualquier otro crédito que no sea propiamente laboral, no resulta exigible al adquirente de la unidad productiva y ello sin necesidad de que se pronuncie expresamente en tal sentido la normativa de la Seguridad Social.

Y ello, a pesar de que la Tesorería General de la Seguridad Social discrepe de ese criterio, acogiendo a los arts. 104 y 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social (R.D. 1/1994, 20 de junio) por los que el adquirente de una industria, unidad productiva o negocio es responsable solidario respecto al pago de las deudas pendientes con la Seguridad Social. Para ese organismo no hay norma que excluya al adquirente de

Varios interrogantes surgen después de una detenida lectura de la disposición. En primer lugar cabe preguntarse si la aplicación de esta regla debe ceñirse sólo a la venta de empresas o unidades autónomas mediante las RLS, como parece desprenderse del tenor literal de la norma, o bien se extiende a su enajenación integrada en un plan de liquidación, cuestión que analizaremos más adelante. No deja de llamar la atención, por otra parte, en esta fase final que supone la liquidación, el trato privilegiado hacia los trabajadores que se desprende de esta norma respecto al colectivo de acreedores. Parece que no es suficiente la consideración de créditos contra la masa de los salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso (art. 84.2.1º LC) y de las indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo y restantes créditos laborales, generados tras la declaración de concurso (art. 84.2.5º LC); ni el privilegio especial de los créditos refaccionarios sobre los objetos elaborados por los trabajadores en propiedad o posesión del concursado (art. 90.1.3º LC) o incluso el privilegio general atribuido a los créditos producidos por los salarios e indemnizaciones por extinción de contrato que no gocen de privilegio especial (art. 91.1º LC), pagaderos en primer lugar y antes del resto de créditos con ese privilegio. Y no parece que haya sido suficiente para el legislador, ya que, además de los privilegios reseñados, si se vendiese la totalidad de la empresa o sus unidades productivas, el adquirente deberá subrogarse en los derechos y obligaciones laborales que tuviera el concursado, al no extinguirse por sí misma la relación laboral, ya que eso y no otra cosa supone la sucesión de empresa en lo

esa responsabilidad solidaria, ni siquiera en un concurso. El juez de lo Mercantil carece de competencia para declarar si procede o no la responsabilidad del adquirente por deudas de la Seguridad Social.

En el IV Congreso de Jueces especialistas de lo Mercantil, conclusión 16ª, se hace eco del problema planteado respecto a las deudas con la Seguridad Social, indicando “que no existe en la LC ni fuera de ella un precepto que permita esquivar la norma contenida en el art. 127 TRLGSS, que impone la responsabilidad solidaria del adquirente de la unidad productiva respecto del pago de prestaciones de SS generadas con anterioridad a la transmisión, entendiendo el art. 30.2 dicha responsabilidad no sólo al principal de la deuda, sino también a los recargos, intereses y costas”. Sin embargo, en el Congreso se recoge la línea doctrinal – antes reseñada- del auto 2 de julio de 2007 del Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona, expresando que esa interpretación del art. 149.2 LC es la que resulta más conforme a los principios marcados por las Directivas 77/187/CE, de 14 de febrero, 98/50/CE de 29 de junio y 2001/23/CE de 12 de marzo, tendentes a excluir los efectos propios de la sucesión de empresa en la transmisión de unidades productivas desgajadas de empresas incursas en procesos de insolvencia. Sin embargo, no aporta un criterio definitorio que clarifique la interpretación que deba darse a la norma. Vid. Conclusión 16ª. IV Congreso de Jueces especialistas....., RcP 9/2008, Documentos , La Ley, p. 411.

Consideramos que, en su caso, será una norma con rango de Ley o una resolución del Tribunal Supremo la que clarifique la cuestión, por las importantes consecuencias que comporta tanto para el potencial adquirente como para la Tesorería de la Seguridad Social.

laboral⁷⁸¹. El legislador, que bien pudiera haber exonerado al adquirente de una empresa en liquidación de los derechos de los trabajadores, derivados de sus contratos de trabajo, apoyado en la Directiva 2001/23 CE del Consejo de 12 de marzo 2001, se ha quedado a medio camino, pensando que satisfacía de manera suficiente la negociación encaminada a la venta de la empresa o de sus unidades autónomas, vetando la subrogación del adquirente sólo en los créditos asumidos por el FOGASA (y ello siempre que el juez quiera acordarlo). Y precedentes para haber actuado de manera más acorde a la exoneración laboral no le faltaban al legislador; incluso en la propia LC, (Disp. Final 11^a que añade un apartado 3 al art 72 de la LGT de 28 diciembre 1963) donde se aboga por la exoneración de las deudas tributarias devengadas en el ejercicio de la actividad económica por el anterior titular, al adquirente de una empresa u otras unidades productivas, tanto producto de convenio como en la liquidación⁷⁸² y que ha sido recogida en la nueva LGT

⁷⁸¹ “Pretender que el adquirente se haga cargo de los trabajadores –indica VÁZQUEZ IRUZUBIETA- como si se tratara de una sucesión de empresa, es tanto como dificultar el pacto a extremis que lo torna de imposible realización. No sería extraño que para no cargar con ese lastre económico, la compra no se lleve a efecto y como premio al acoso económico todos los trabajadores terminen engrosando las listas del paro. Porque hay experiencias en otros casos, que pusieron en evidencia que la obcecación de los representantes de los trabajadores que tienen sus sueldos de sindicalistas blindados, por no ceder posiciones provoquen la ruina de sus representados. La mejor solución y la más justa sería solicitar de los propios trabajadores y no de sus representantes, la opinión y en definitiva la decisión acerca de la suerte de sus puestos de trabajo”. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “Comentarios a las Reglas Legales Supletorias. Art. 149”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, Dijusa, Madrid 2003, pp. 975-976. USON DUCH (BUFETE MARROQUÍN) abunda en la misma idea: “la sucesión de empresa comporta para el nuevo empresario la obligación de asumir todas las deudas laborales no satisfechas por la anterior empresa empleadora, con el límite temporal previsto en el art. 44.3º ET y con independencia de que los trabajadores acreedores hayan sido o no contratados por el empresario adquirente”. “Será muy disuasorio para cualquier tercer interesado en el conjunto....asumir una carga laboral de tal importancia. Pero aún mayor obstáculo será el hecho de determinar el alcance real de la obligación de asumir por el tercero adquirente, por cuanto la obligación legal que comporta la sucesión de empresa se extiende a todas las deudas laborales contraídas por el concursado en los tres años anteriores a la adquisición, se hallen o no reflejadas en el concurso”. USON DUCH. (coord.) BUFETE MARROQUÍN, “Comentario al artículo 149. Sucesión de empresa”, en *La nueva Ley Concursal. Comentarios y Formularios a la Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal*, T. I, Grupo Difusión, Madrid 2003, pp. 815-816.

⁷⁸² La Disp. Final 11^a.2 LC añade un apartado 3 al art. 72 de la LGT 230/1963 de 28 de diciembre con la siguiente redacción: “3. Lo dispuesto en los dos apartados anteriores no será de aplicación.... como consecuencia de la liquidación de la masa activa”.

Se da la paradoja de que antes de la entrada en vigor de la LC -1 septiembre 2004- lo hizo la nueva LGT 58/2003, de 17 de diciembre -1 julio 2004-, recogiendo en su art. 42.1.c), aunque más genéricamente, el contenido de la Disp. Final 11^a.2 LC. En su dicción literal, la norma reza así: “1. Serán responsables solidarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades: c) Las que sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas, por las obligaciones tributarias contraídas del anterior titular y derivadas de su ejercicio. La responsabilidad también se extenderá a las obligaciones derivadas de la falta de ingreso de las retenciones e ingresos a cuenta practicadas o que se hubieran debido practicar”...

de 2003, si bien con una redacción técnicamente más ajustada pero en la que se explicita con meridiana claridad la no aplicación al adquirente de una explotación o actividad económica de la sucesión en las deudas tributarias de la entidad concursada derivadas de su actividad empresarial. Y para rematar este primer análisis del precepto aludido, no se entiende como se ha dejado pasar la oportunidad de regular jurídicamente el contrato de compraventa de empresa en una Ley como la Concursal donde, tanto en fase de convenio como de liquidación en sus dos vertientes – tanto mediante un plan de liquidación como por la aplicación de las RLS- la compraventa unitaria de la empresa o de sus ramas de actividad constituye una vertiente fundamental –sobre todo en fase liquidatoria- de solución concursal. La falta de regulación, entre otros aspectos, de la cesión de los contratos necesarios para continuar la actividad empresarial, la transmisión de los derechos de propiedad intelectual o el traspaso de la clientela... pueden dificultar e incluso inhabilitar la venta de la empresa – al añadirse a la falta de exoneración total en las obligaciones laborales- por no haber una norma que simplifique y garantice su transmisión.⁷⁸³

“Lo dispuesto en el primer párrafo de esta letra no será aplicable a los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal”.

⁷⁸³ El Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (procedim. 515/2005) de 26 de junio de 2007 (ADC 2008, nº 13, pp. 498-505) plantea como cuestión prejudicial, en pregunta formulada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), –sobre la transmisión de una parte de los centros y establecimientos de la concursada, situados en locales de negocio arrendados- respecto a la posibilidad de interpretar la Directiva 23/2001, en lo que respecta a la trasferencia de unidades productivas o empresas declaradas insolventes en liquidación, que permita no sólo la protección de los contratos laborales, sino también la de otros contratos que afecten de modo directo o inmediato a la continuidad de la actividad empresarial. La resolución es importante no sólo para el caso particular de los locales arrendados (el tratamiento de sucesión de empresa evitaría la elevación de la renta en un 20% por la cesión del contrato, según el art. 32 LAU), sino que va a afectar a la transmisión de todos aquellos contratos, indispensables para continuar la actividad de la empresa (leasing de maquinaria e inmobiliario, contratos de servicios de luz, gas, teléfono,..., compraventas aplazadas, etc..) que en el ordenamiento español necesitan del consentimiento del acreedor (art. 1205 Cc). Recogida por FERNÁNDEZ SEIJO, la sentencia del TJCE de 16 de octubre de 2008 (TJCE 2008, 242) ha considerado que no es posible la interpretación extensiva de las directivas comunitarias –en concreto el art. 3, apartado 1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 (mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas en todo o en parte)- . En consecuencia, no cabe exigir, en caso de transmisión de empresa, el mantenimiento del contrato de arrendamiento de un local de negocio celebrado por el cedente de la empresa con un tercero, aun cuando la resolución de dicho contrato pueda implicar la extinción de los contratos laborales transmitidos al cesionario. “Esa interpretación restrictiva de la subrogación de los derechos de los trabajadores permite considerar que no es posible entender que hay sucesión de empresa más allá de las cuestiones estrictamente laborales”. FERNÁNDEZ SEIJO, J.Mª, “Notas sobre la liquidación anticipada”, ADC, nº 20, mayo-agosto 2010, pp. 269-271.

7.2 Sucesión laboral en la enajenación de la empresa o de sus unidades productivas

En ninguno de los diversos Anteproyectos elaborados desde 1959, ni siquiera en el Proyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal de 23 julio 2002 se hacía mención alguna a la continuidad de la relación laboral en la persona del adquirente, con ocasión de la transmisión de la empresa. Será en el debate parlamentario⁷⁸⁴ donde se plantee introducir, entre otras cuestiones, la subrogación del adquirente de la empresa en los derechos y obligaciones laborales del anterior titular, lo que finalmente cristalizará en el apartado 2 del art. 149 de las RLS, cuyo tenor literal, en su primer inciso, es el siguiente: “Cuando como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa”⁷⁸⁵.

¿Qué comporta la sucesión de empresa? A tenor de lo dispuesto en la regla 1ª:

1. un cambio de titularidad.
2. mediante una transmisión por enajenación.

⁷⁸⁴ Entre las diversas enmiendas presentadas tanto en el Congreso como en el Senado la que prosperó fue la redactada por varios Grupos Parlamentarios, aunque con idéntico texto (Izquierda Unida, nº 84; Vasco, nº 151; Mixto, nn. 184 y 216; Socialista, nº 352 y CIU, n. 546) que proponían, en primer lugar, “dar cumplimiento” a la normativa laboral sobre transmisión y extinción de empresa y sobre extinción o modificación de los contratos de trabajo o de las condiciones de trabajo, algo sobre lo que ciertamente el precepto no se pronunciaba de manera expresa, pero que evidentemente resultaba de obligado cumplimiento. Se proponía además, antes de realizar las operaciones de liquidación, dar cumplimiento a la obligación de información y consulta establecida en el art. 44 ET, remitiéndose al juez el acuerdo que pudiera alcanzarse entre administración concursal y representantes de los trabajadores o, en su defecto, el informe que presentasen estos últimos junto con el de la administración concursal. Finalmente, se incluía en la propuesta en caso de cese de actividad empresarial del concursado o de extinción o supresión de contratos o modificación de las condiciones de trabajo, dar cumplimiento al procedimiento del art. 64 LC. BELTRÁN, E.-MERCADER, J., “Reglas Legales Supletorias, cit., p. 2380.

⁷⁸⁵ Redacción prácticamente similar a la del art. 44 apartado 2 del Estatuto de los Trabajadores (R.D. Legislativo 1/1995 de 24 de marzo) en el que se dispone: “A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. Este art., en su apartado 1 establece la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social, pensiones y otras obligaciones en materia de protección social, adquiridos por el cedente, cuando haya un cambio de titularidad de la empresa, un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma. Vid. lo expuesto sobre el mantenimiento del nivel ocupacional en la enajenación de la empresa, en la legislación concursal italiana: VII.5.3. nota 578.

3. sobre un conjunto de establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios.⁷⁸⁶
4. la enajenación se deberá producir mediante entrega efectiva de todos los elementos necesarios para continuar la actividad.

Sucesión de empresa que en lo laboral, y siguiendo lo expuesto en el art. 44.1 ET, mediante la remisión indirecta al mismo por el art. 149.2 LC, supone la permanencia de la relación laboral (el cambio de titularidad no extinguirá por si mismo esa relación) mediante la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones laborales, de Seguridad Social, compromisos de pensiones del concursado y otras obligaciones en materia de protección social, del anterior titular de la relación. El adquirente responderá solidariamente con el cesionario (la masa activa concursal administrada por la administración concursal) durante un plazo de tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión, que no hubieran sido satisfechas (art. 44,3 ET), si bien el juez puede exonerar parcialmente esa obligación⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ ZABALETA recoge una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 abril 1999 (RJ 1999, 4408) y otra de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 27 diciembre 2002 Aranzadi Social 2003, p. 383) en la que se requiere la concurrencia de dos elementos para que exista sucesión de empresa a efectos laborales, de acuerdo con el art. 51.11 ET: cambio de titularidad de la empresa en su conjunto o de una unidad productiva funcionalmente independiente y la entrega efectiva del total del conjunto de elementos esenciales de la industria para su continuación por el nuevo empresario ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la LC*, Thomson-Civitas, 2006, p. 293. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 abril 1993; 23 febrero 1994 y 23 enero 1995 han precisado el alcance de la entrega del conjunto, al entender que existe transmisión de establecimiento y no de elementos del mismo, siempre que los elementos que se transmitan sean suficientes para que el adquirente pueda desarrollar con ellos la actividad empresarial. Vid. BELTRÁN, E.,- MERCADER, J., “Reglas Legales Supletorias”, cit., p. 2380.

⁷⁸⁷ El art. 105 4º de la *legge fallimentare* italiana, al prever la exención del adquirente de la empresa de las deudas anteriores a su transferencia, implícitamente estaría también excluyendo su responsabilidad por las deudas con el personal por retribuciones y otras prestaciones sociales que hubiera a la fecha de declaración de la quiebra. Sin embargo, según el art. 2112 del *Cod. civile*, en la enajenación de la empresa el adquirente se subroga en todas las relaciones laborales, incluidas las obligaciones que de ellas se derivan. Hay opiniones doctrinales contrarias, sobre la aplicación o no del esta última disposición en sede de quiebra. Para AMBROSINI, además de la posible transferencia parcial de trabajadores, sancionada por el art. 105, 3º de la ley de quiebras y de la libertad del adquirente para dar curso a ulteriores modificaciones de la relación laboral de acuerdo con la normativa vigente, las deudas no se transfieren automáticamente al adquirente, salvo pacto expreso. El art. 105 4º establece que, a falta de pacto, se excluye la responsabilidad del adquirente por las deudas de la empresa adquirida. AMBROSINI, S., *La liquidazione dell’attivo*, art. cit., p. 644. Para otros, el adquirente se subroga en todas las posiciones jurídicas del cedente –activas y pasivas- cualificadamente en las relaciones laborales, comprendidas las deudas laborales, en el momento de la cesión de la empresa. Sólo ante la exigencia de salvaguardar la productividad de la empresa debe ceder la de continuidad de las relaciones laborales. Vid. FERRO, M., *La legge fallimentare...*, o.c., pp. 800-801.

No es estrictamente una sucesión de empresa lo que dispone el párrafo 2 del art. 149 sino una sucesión parcial, con efectos exclusivamente laborales, que beneficia a los trabajadores y muy poco al adquirente⁷⁸⁸. Parecería, en principio, que no siempre que se enajene una empresa o alguna de sus unidades productivas habrá sucesión contractual del adquirente, ya que si se hubieran extinguido previamente la totalidad de los contratos laborales, al no haber ya relación laboral alguna, quedaría eximido aquél de subrogación en las obligaciones laborales de la entidad concursada⁷⁸⁹. El precepto que nos ocupa –art. 149.2 LC– se refiere literalmente a la enajenación de una entidad económica que mantenga su identidad (el subrayado es nuestro)⁷⁹⁰; es decir, una empresa puede estar inactiva, mediante el cierre total de sus instalaciones y haber cesado en su actividad empresarial (art. 44.4 LC), mediante la suspensión temporal de la totalidad de las relaciones laborales y sin embargo mantener su identidad. Si ello ocurre, y pese a su inactividad, la empresa

El derecho concursal francés (*Loi de sauvegarde* 2005) mantiene los contratos laborales en caso de cesión de empresa por cambio de empleador (art. 122-12 *Code du Travail*), transfiriéndose automáticamente al cesionario los contratos vinculados a la actividad cedida, con la excepción de los despidos autorizados por el Tribunal –comprometidos en su oferta por el cesionario–. El coste del despido queda a cargo del deudor. El liquidador o en su caso el administrador lleva a cabo los despidos, de acuerdo con modalidades muy simplificadas. (art. 642-5, párrafo 4º). Vid. ARSEQUEL, A.-MÉTÉYÉ, Th., “Les aspects sociaux...”, art. cit., pp. 1178-120. PEROCHON, F., “El nuevo Derecho francés...”, art. cit., pp. 95-96. TAQUET, F., “Aperçu rapide...”, art. cit., pp. 96-99. LIZÉ, A., “Les solutions vues...”, art. cit., p. 201.

⁷⁸⁸ MORALEJO, N., “De las operaciones de liquidación”, cit., p. 1616.

Tan poco es el beneficio para el adquirente –posible exención en la subrogación de los créditos laborales asumidos por el FOGASA– que lleva a decir a USON DUCH, que es disuasorio para cualquier adquirente asumir una carga laboral tan importante, durante tres años, incluso aunque en todo o en parte no se hubiera reflejado en el concurso. USON DUCH, coord., BUFETE MARROQUÍN, “Comentario al art. 149...”, cit., pp. 815-816.

⁷⁸⁹ Para ZABALETA DÍAZ “la sucesión contractual del adquirente puede no obstante no llegar a tener lugar si previamente se ha procedido a la extinción o suspensión de los contratos de trabajo de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 64 de la Ley”. ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Thomson-Civitas 2006, p. 288.

⁷⁹⁰ Para VELASCO SAN PEDRO el mantenimiento de la entidad se produciría por la conservación de la misma organización de la actividad productiva de la cual se trate. En consecuencia, “siempre que se proceda a una enajenación unitaria de la empresa o de alguno de sus establecimientos en el marco de las reglas legales supletorias, se produciría esta sucesión de empresa a efectos laborales” Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Comentario al art. 149”, en PULGAR EZQUERRA, J.-ALONSO UREBA, A.-ALONSO LEDESMA, C.-ALCOVER GARAU, G., *Comentarios a la Ley Concursal, T. II, o.c.*, p. 1337. HUALDE considera que “que no toda enajenación sustanciada en el ámbito de la liquidación concursal provoca esa sucesión, sólo la que reúna los requisitos contenidos en la propia norma. Por un lado, que vaya referida a una organización de medios materiales y humanos afectos al desarrollo de alguna actividad económica esencial o accesoria...”. HUALDE LÓPEZ, I., “La Fase de Liquidación...”, o.c., p. 417.

que no ha perdido su identidad como tal se vende en globo⁷⁹¹, consideramos que la subrogación del adquirente no afectaría a las relaciones laborales que pudieran haber quedado extinguidas, sino a las subsistentes mediante la suspensión, puesto que la relación laboral ha quedado tan solo temporalmente paralizada⁷⁹². Sin embargo, si se hubieran extinguido la totalidad de las relaciones laborales o bien se hubiera enajenado previamente la maquinaria y otros bienes o derechos necesarios para su actividad, no cabría hablar, a nuestro parecer, de un mantenimiento de la identidad como empresa y, en consecuencia, no habría lugar a la subrogación en las posibles obligaciones laborales pendientes⁷⁹³.

7.3 ¿Está restringida la sucesión laboral a la enajenación mediante las RLS?

La cuestión debatida por la doctrina y sobre la que van tomando postura diversas resoluciones judiciales, estriba en determinar si la aplicación del precepto sobre sucesión de empresa en lo laboral debe circunscribirse a su transmisión mediante las RLS o, por el contrario, es de obligado cumplimiento también si la venta se produce mediante un plan de liquidación. Quienes apoyan la opción minimalista –sucesión laboral sólo aplicable a la enajenación de la empresa mediante las RLS- se apoyan en el art. 57 bis d) del ET (añadido por la Disp. Final 14ª LC), por el cual, en el supuesto –entre otros- de sucesión de empresa “se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal”. Y especial es el apartado 2 del art. 149 LC cuando aplica la sucesión de empresa a “la enajenación a que

⁷⁹¹ Si se excluye la continuidad de la empresa y se han extinguido los contratos de trabajo no está llamada a regir con imperatividad la regla de venta unitaria del art. 148 LC ni la supletoria del 149. Sentencia Sección 15ª, Audiencia Provincial de Barcelona (recurso de apelación 70/2004 de 1 junio 2006 (ADC 2007, T II, pp. 371-374).

⁷⁹² Para RUBIO VICENTE no habría sucesión contractual ni responsabilidad solidaria por deudas laborales anteriores a la enajenación, cuando no existe continuidad de la actividad en la empresa objeto de venta. “...esta sucesión laboral puede no llegar a producirse cuando, como indica con carácter general el art. 149.1.2º LC, las operaciones de liquidación supongan la extinción o suspensión de contratos laborales o la modificación en las condiciones de trabajo.... Esta eventualidad, a juzgar por la amplitud y lo indiscriminado de su redacción, no sólo parece estar dispuesta para los supuestos de enajenación aislada de los elementos empresariales..... sino también para los casos de enajenación como un todo”. RUBIO VICENTE, P.J., “La enajenación de la empresa...”, art. cit., p. 139.

⁷⁹³ El Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de octubre 2004 (Sala de lo Social, sobre Recurso de Casación para la reunificación de doctrina), siguiendo la jurisprudencia del TJCE, resuelve que para la existencia de sucesión de empresa no necesariamente deben transmitirse elementos significativos del activo material o inmaterial, sino que cabría admitirla en la transmisión de la mera actividad empresarial, junto con un núcleo considerable de la plantilla anterior, en sectores donde la actividad descansa fundamentalmente en el capital humano.

se refiere la regla 1ª del apartado anterior”, sin hacer mención alguna a la enajenación de la empresa mediante un plan de liquidación (art. 148 LC)⁷⁹⁴. Además la libertad de fórmulas que el legislador deja en manos de la administración concursal y, finalmente, del juez para, en caso de enajenación unitaria de la empresa o de sus unidades productivas mediante un plan, alcanzar el objetivo de maximizar su precio de venta, contrasta con los condicionantes impuestos a esa misma enajenación a través de las RLS (entre otros, los criterios de preferencia en las ofertas; el procedimiento de venta: subasta o, si resulta desierta, venta directa). Por otra parte, la posibilidad de exonerar parcialmente los débitos laborales modifica sustancialmente la aplicación íntegra del art. 44 ET sobre sucesión de empresa, cuando se enajena para continuar su actividad⁷⁹⁵.

Pronunciándose por la no admisión de la sucesión de empresa en lo laboral, cuando la enajenación de la empresa se lleva a cabo a través de un plan de liquidación, el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao acuerda la adjudicación en globo de la empresa concursada en las condiciones recogidas en el plan de liquidación aprobado por el juez, y en especial la adjudicación de la empresa sin subrogación de la adjudicataria en la posición jurídica de la concursada, respecto de las obligaciones de pago a la Seguridad Social y sin

⁷⁹⁴ Según ZABALETA DÍAZ “La Ley no alude de forma expresa a la existencia de una eventual sucesión de empresa como consecuencia de la enajenación (mediante la aprobación de un plan de liquidación)”. ZABALETA DÍAZ, M., “El principio de conservación...”, cit., p. 290.

⁷⁹⁵ Para DEL REY GUANTER Y LUQUE PARRA “la mayor dificultad del entendimiento del régimen jurídico que se instituye en la fase de liquidación es el hecho de que se prevea un régimen jurídico principal y otro supletorio, aplicable –este último– únicamente de no aprobarse el plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el plan aprobado. Y decimos esto por cuanto el poder que se otorga a la administración concursal con relación a la disposición tanto de las deudas anteriores a la transmisión, como respecto de cualquier otra materia es casi absoluta.

En efecto, centrándonos en las deudas laborales previas a la transmisión, lo cierto es que –como sucedía en la fase de convenio– ningún límite se dispone respecto de lo que se pueda proponer al juez del concurso por parte de la administración concursal. Así, cabe afirmar que también en esta fase y respecto de estas deudas anteriores al traspaso, la LC acoge la opción más atenuada de cuantas se establecen en la Directiva 2001/23/CE., siendo una regulación que modifica sustancialmente el régimen jurídico dispuesto en el vigente art. 51.11 ET.

Repárese que en dicho precepto del ET se permite al empresario cesionario la extinción de las relaciones laborales, esto es, el cierre de la empresa. De optarse por su continuidad, la remisión a lo dispuesto en el art. 44 del mismo cuerpo legal es sin matización alguna. De tal forma que debe concluirse que el régimen jurídico vigente no permite la disposición sobre deudas anteriores al traspaso de la empresa, por lo que la trascendencia de la regulación dispuesta en la LC en este punto será más que relevante”. DEL REY GUANTER, S. Y LUQUE PARRA, M., “La transmisión de empresas en situaciones concursales” en Relaciones Laborales (RL), La Ley, T.II, 2003, p 568.

responsabilidad solidarizada en relación a ellas más allá de los compromisos adquiridos individualmente⁷⁹⁶.

La mayor parte de la doctrina, sin embargo, se decanta favorable a la extensión de la sucesión laboral en la enajenación de la empresa recogida en un plan de liquidación. “Resulta incuestionable que también existe sucesión de empresa a efectos laborales en el caso de que la empresa se transmita de acuerdo con el plan de liquidación”⁷⁹⁷. Posiblemente⁷⁹⁸, “la aplicación del art. 44 ET, que ni siquiera distingue por razón del negocio o causa de la transmisión, resulta evidente en estos casos (enajenación de empresa o partes de empresa), con la consiguiente sucesión contractual y responsabilidad solidaria en los términos allí dispuestos por deudas anteriores a la enajenación”. Para otros, cabría incluso la posibilidad de su aplicación a la enajenación de empresa mediante convenio, cuando indican que “la transmisión de establecimientos y la consiguiente “sucesión de empresa” se producirán también en el caso de que la empresa se transmita de acuerdo con el plan de liquidación (art. 148) e incluso como consecuencia del convenio expresamente previsto sobre el particular (art. 100.2.II)”⁷⁹⁹. Algún autor opina que es indiferente que la sucesión de empresa traiga causa de una liquidación concursal ordenada por un plan liquidativo o por las RLS. Su ubicación, en sede de RLS, no significa que en el marco de un plan de liquidación no pueda acontecer. Y razona su postura indicando que “si se verifica en la práctica el supuesto de hecho recogido en la transcrita disposición (se refiere al art. 149.2 LC), la sucesión empresarial necesariamente debe sustanciarse, incluso cuando el propio plan de liquidación pretenda descartarla. Ello porque no existe en la Ley Concursal norma alguna que condicione la operatividad de la sucesión de empresa a que la

⁷⁹⁶ En el auto se recoge la inaplicación de los dispositivos recogidos en el ET y en la LSS 1994 sobre responsabilidad del cesionario en materia de obligaciones de la Seguridad Social. “La LC abona el concepto de enajenación en globo de los medios y la actividad organizados, en todo o en porción de la titularidad del deudor concursado, a titularidad de tercero, como fórmula incondicionada o exenta de transmisión, exclusivamente sometida a las condiciones en que se apruebe judicialmente el plan de liquidación”. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, procedim. 18/2006, 28 diciembre 2007 (AC febrero 2008, nº 4, p. 476).

⁷⁹⁷ ZABALETA DÍAZ, M., “El principio de conservación...”, cit., p. 290.

⁷⁹⁸ RUBIO VICENTE, P. J., “La enajenación de la empresa...”, art. cit., p. 139.

⁷⁹⁹ BELTRÁN, E.-MERCADER, J., “Reglas Legales Supletorias”, cit., p. 2388

liquidación se ventile conforme a las mencionadas reglas, las cuales, no olvidemos, rigen en todo lo no previsto por el plan de liquidación que se haya aprobado (art. 149.1 LC)”⁸⁰⁰.

RÍOS SALMERON se pregunta si es posible aprobar un plan de liquidación contradiciendo algunas de las previsiones del art. 149 (en concreto, la referente a la sucesión de empresa), dando una respuesta tajantemente negativa: “sería imposible, porque tales previsiones revisten, a no dudarlo, carácter de derecho necesario”⁸⁰¹.

Recoge este criterio un auto del Juzgado de la Mercantil nº 1 de Bilbao, de 30 de marzo de 2007, cuando, en su Fundamento de Derecho Tercero inadmite que se condicione la venta de los activos empresariales de forma unitaria, a que no se produzcan los efectos que establece el art. 149.2 LC. “No consta –se indica- ningún compromiso semejante por quien podría adoptarlo que son las instituciones públicas que podrían derivar responsabilidades”⁸⁰². Además la voluntad del legislador es clara al respecto, pues se manifiesta también en el art. 100.2 LC, que dispone que si conviene la transmisión del conjunto de bienes y derechos del concursado o de determinadas unidades productivas “incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional...” En definitiva, sea en fase de convenio o, como es el caso, liquidación, la norma deja dispuesto cómo proceder, sin que pueda modificarse ese criterio legal”⁸⁰³.

Acordes con el sentir mayoritario debemos sin embargo precisar que la sucesión de empresa –en los términos del art. 149.2, en relación con los del art. 44 ET- se aplicará en

⁸⁰⁰ HUALDE LÓPEZ, I., “*La Fase de Liquidación...*”, cit., p. 418.

⁸⁰¹ RÍOS SALMERON, B., “La Ley Concursal y los créditos laborales”, en RÍOS SALMERÓN, B.-SEMPERE NAVARRO, A.V. (dirs.), *La Ley Concursal y los aspectos sociales*, Laborum, Murcia 2004 p. 315. Remacha este aserto HUALDE LÓPEZ indicando que “la sucesión de empresa escapa del ámbito dispositivo de los administradores concursales, quienes carecen de toda legitimación para abordar la regulación de una materia de la que penden intereses tan protegibles”. HUALDE LÓPEZ, I., “*La Fase de Liquidación*”, cit., pp. 419-420.

⁸⁰² Entiendo que no son las instituciones públicas quienes pueden modificar preceptos legales de derecho necesario, sino nuevas normas –de rango, cuando menos, igual al que total o parcialmente derogan- como ocurre con la excepción a la subrogación del adquirente en el reembolso de las cantidades satisfechas por el FOGASA, sancionada en el art. 33.4 ET.

⁸⁰³ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 30 de marzo de 2007, procedim. 729/2005 (AC 2007/729), referente a la venta de activos de la concursada de forma unitaria.

la enajenación unitaria de la empresa o de sus unidades productivas, en toda su extensión cuando se haya obviado su tratamiento en el plan de liquidación, siempre de manera supletoria a lo allí acordado y cuando lo pactado no fuera *contra lege*. El art. 149.2 LC, además de la regla general de la sucesión de empresa a efectos laborales, contempla como excepción la posibilidad de autorización judicial para la no subrogación del adquirente en la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación, que hubiera asumido el FOGASA, de conformidad con el art. 33 ET, limitando así su responsabilidad únicamente al exceso no abonado por el Fondo⁸⁰⁴. A pesar del loable empeño del legislador por ayudar con esta medida el éxito de la transmisión unitaria de la empresa, pensamos que se ha perdido una buena oportunidad para haber aprovechado todas las posibilidades que la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001⁸⁰⁵ brindaba a los Estados miembros, ya que en ella, y en su art. 5, se establece que la subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones que resultan para el cedente de un contrato de trabajo, como consecuencia del traspaso de una empresa no será aplicable a la cesión de la misma, o una rama de actividad autónoma, cuando el

⁸⁰⁴ Vid. RUBIO VICENTE, J. M^a., “La enajenación de la empresa...”, art. cit., p. 140.

⁸⁰⁵ El art. 5, apartado 1º de la Directiva 2001/23 CE del Consejo dispone que “salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los arts. 3 y 4 no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad o parte de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo, abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente”

El art. 3 de referencia indica, en su apartado 1º, que “los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso serán transferidos al cesionario como consecuencia del mismo”. El art. 4, párrafo 1º dispone sobre ese traspaso que “no constituirá en sí mismo un motivo de despido por el cedente o para el cesionario”. Y en su apartado 2º: “si el contrato de trabajo o la relación laboral se rescinde como consecuencia de que el traspaso ocasiona una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, la rescisión del contrato se considerará imputable al empresario”.

Art. 5 apartado 2º: “En el supuesto de que los arts. 3 y 4 se apliquen a un traspaso durante un procedimiento de insolvencia...un Estado miembro podrá disponer que : a) no obstante lo dispuesto en el apartado 1 del art. 3, no se transfieran al cesionario las obligaciones del cedente, derivadas de los contratos o de relaciones laborales que puedan existir antes de la fecha del traspaso o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, siempre y cuando dicho procedimiento de lugar, en virtud de la legislación de ese Estado miembro, a una protección como mínimo equivalente a la que se establece para las situaciones cubiertas por la Directiva 80/987 CE de Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario y, o, alternativamente que: b) el cesionario, el cedente o la persona o personas que ejerzan las funciones del cedente, por un lado y los representantes de los trabajadores por otro lado, puedan pactar, en la medida que la normativa o la práctica en vigor lo permita, cambios en las condiciones contractuales de empleo, con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad o de parte de la empresa o del centro de actividad”.

cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de insolvencia con vistas a la liquidación de los bienes del cedente, salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros⁸⁰⁶. En esta última fase del concurso, agotadas todas las vías de un posible convenio, hubiera sido importante eliminar de la sucesión que implica la transmisión de la entidad empresarial, los créditos laborales y de Seguridad Social, para fomentar el interés de posibles adquirentes que acepten el riesgo de continuar la actividad de la empresa con todo o parte de su colectivo laboral.

⁸⁰⁶ Vid. ZABALETA DÍAZ, M., “El principio de conservación ...”, cit., p. 289.

¿Qué créditos laborales⁸⁰⁷ asume el FOGASA? Según el art. 33 ET abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago, fijados en sentencia o acto de conciliación, con el límite máximo de la cantidad resultante de multiplicar el duplo del salario mínimo interprofesional (SMI) diario por el número de días pendientes de pago, con un máximo de 120 días, así como de las indemnizaciones reconocidas en sentencia o resolución administrativa de 20 días de salario diario por cada año de servicio, con el límite máximo de una anualidad en el caso de despido colectivo (arts. 33, 1, 2 y 51.8 ET). Los créditos asumidos por el FOGASA no serán créditos ordinarios; serán siempre

⁸⁰⁷ Los créditos laborales revisten distintos grados de calificación en la LC: desde aquellos que son atendidos con cargo a la masa, pasando por los especialmente privilegiados, los que tienen un privilegio general y los considerados como ordinarios e incluso subordinados. Se consideran *créditos contra la masa* los producidos por salarios de los últimos treinta días de trabajo, anteriores a la declaración de concurso, siempre que no superen el doble del salario mínimo interprofesional (SMI) (art. 84.2.1º LC), cuyo pago es inmediato (art. 154.2 LC). También son *créditos contra la masa* los generados por la actividad empresarial tras la declaración de concurso (salarios, indemnizaciones por despido o extinción de contratos de trabajo y recargos sobre prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral). No existe limitación en su cuantía, aunque su devengo finalizará con el cese judicial de la actividad empresarial o con la declaración de conclusión del concurso; (art. 84.2.5º LC). Su pago se producirá a su respectivo vencimiento (art. 154.2 LC). En el grado siguiente de calificación se encuentran los créditos refaccionarios, *con privilegio especial* sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos elaborados por ellos, mientras sean propiedad o estén en posesión de la entidad concursada (art. 90.1.3º LC), pagándose con cargo a los bienes u derechos afectos (art. 155.1 LC). A continuación se califican *créditos con privilegio general* los créditos por salario que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del SMI, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso (art. 91.1 LC), produciéndose su pago, en primer lugar, después de atender los créditos contra la masa y privilegio especial y, en su caso a prorrata (art. 156 LC). Se consideran *créditos ordinarios* los salarios, una vez descontados los protegidos por los privilegios anteriores, así como la parte de indemnizaciones que pueda continuar adeudándose y cualquier otro incluido entre los privilegiados. Serán pagados a prorrata, con cargo a los bienes y derechos que resten de la masa activa, una vez satisfechos los créditos contra la masa y privilegiados, conjuntamente con los créditos con privilegio especial, en la parte que no hayan sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos (art. 157 LC). Finalmente los créditos laborales serán considerados *subordinados*, según disponen los arts. 92.5º y 93. 2. 1º y 2º LC, en el caso de sociedades de capital, cuando los acreditados sean a la vez que asalariados, socios titulares de un 5% o de un 10% (si la sociedad concursada tuviera o no sus títulos admitidos en un mercado secundario) o administradores, liquidadores o apoderados generales de la sociedad concursada, incluso quienes lo hubieren sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso. Igualmente se les atribuirá esta calificación a los comunicados tardíamente, con excepción de los derivados de indemnizaciones por extinción colectiva de los contratos de trabajo, ya que se entenderán comunicados y reconocidos por la resolución que los apruebe, sea cual fuere el momento (art. 84.2.5º segundo párrafo LC). Vid. DE LA ROCHA RUBÍ, M., “El régimen de los créditos laborales en la nueva Ley Concursal”, en MAIRATA, J., (Coord.) *Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, vol. II., 2004, pp. 387-405.

privilegiados, por prescripción legal, ya que ninguno sobrepasará el triple del SMI⁸⁰⁸. Por exclusión, el resto de créditos laborales serán objeto de asunción por el adquirente.

La LC excepciona, siempre que el juez lo hubiere autorizado, la subrogación del nuevo titular de la empresa en los salarios e indemnizaciones asumidos por el FOGASA. Con ello se cierra, a nuestro parecer, el camino, por vía de regreso, al posible reembolso que el Fondo pudiera exigir al adquirente, en base a lo dispuesto en el art 33.4, segundo párrafo del ET sobre la porción de créditos asumida⁸⁰⁹. Sin embargo, y en base a la norma reseñada, el FOGASA si podrá ejercitar, sobre los salarios e indemnizaciones asumidos, su derecho de reembolso contra la masa activa concursal, con la peculiaridad de la conservación del carácter de créditos privilegiados que les confiere el art. 32 (según su nueva redacción por Disp. Final 14ª LC) en relación con el 33.4.II, ambos del ET, recogidos en los arts. 84.2.1º y 5º; 90.1.3º y 91.1º LC, lo cual supondrá la merma de posibilidades de cobro sobre todo de los acreedores ordinarios, máxime si se tiene en cuenta los tres años de solidaridad entre cedente y cesionario (art. 44. 3 ET) para el pago de las obligaciones no satisfechas nacidas antes de la transmisión.

Cuestión debatida por la doctrina es la referida a la exención de responsabilidad del adquirente por las deudas asumidas por el FOGASA en la enajenación de una empresa mediante un plan de liquidación aprobado judicialmente. La LC nada indica sobre su extensión a la enajenación por esta vía. Parece que si existe la sucesión de empresa a

⁸⁰⁸ CANTOS ABERASTURI, E., “Los créditos concursales y el FOGASA”, en MAIRATA, J., (coord..) *Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, vol. II, 2004, p. 414.

⁸⁰⁹ “El acuerdo judicial exonerador –indica RÍOS SALMERÓN- implica que el empresario cesionario o adquirente no se subroga en la parte asumida por el FOGASA, con la consecuencia de que este organismo no podrá dirigirse contra el nuevo empleador para resarcirse de lo eventualmente abonado, ni podrá, parece, regresar frente al concursado, insistiendo en su condición legal de acuerdo concursal privilegiado” RÍOS SALMERÓN, B., “La Ley Concursal...”, cit., p. 317. Para RUBIO VICENTE la declaración del precepto al que aludimos “es lo suficientemente amplia e imprecisa como para no saber si esta excepción parcial es definitiva o solamente temporal. En este sentido se desconoce si el FOGASA podrá posteriormente reclamar al adquirente lo abonado, subrogándose en los derechos y acciones de los trabajadores. La lógica de la operación y la voluntad de incentivar la adquisición y viabilidad de la empresa parecen favorables a impedir el ejercicio de este derecho de reembolso. Sin embargo el silencio de la Ley Concursal a este respecto y su evidente falta de coordinación con el art. 33.4 ET, que postula precisamente la subrogación del FOGASA con carácter general, sólo viene a confundir y complicar la solución” RUBIO VICENTE, P.J., La enajenación de la empresa, art. cit., p. 140, nota 61.

efectos laborales en la enajenación de una empresa por aplicación del art. 149.2 LC, con igual razón cabría aplicarse la no subrogación en las obligaciones laborales asumidas por el FOGASA, si el juez así lo acordase⁸¹⁰ Opinión contraria es sostenida por BELTRÁN-MERCADER, para los que “la transmisión del establecimiento y la consiguiente sucesión de empresa se producirán también en el caso de que la empresa se transmita de acuerdo con previsto sobre el particular (art. 100.2-II), pero las peculiaridades establecidas legalmente sólo son aplicables cuando la transmisión se realice dentro de la fase de liquidación y en ausencia de plan aprobado judicialmente, es decir, cuando sea consecuencia de la enajenación a la que se refiere la regla 1ª del apartado anterior (art. 149.2). Se trata con ello de favorecer la transmisión de empresa mediante incentivos al adquirente en un momento especialmente delicado del concurso cuando no ha sido posible concluir un convenio ni tampoco se ha conseguido aprobar un plan de liquidación”⁸¹¹. Parece contradictorio apoyar sin reservas la aplicación del principio de sucesión de empresa a su transmisión mediante un plan de liquidación, sin tener en cuenta que el art. 149.2 LC la refiere a la enajenación mediante la regla 1ª de las supletorias, sin extensión expresa alguna a la enajenación de la empresa mediante el art. 148 y, sin embargo, rechazar la aplicación de las “peculiaridades establecidas” (la exención de la subrogación al adquirente) precisamente basándose en la misma regla 1ª, que antes sirvió para aplicar la sucesión de empresa a la enajenación por medio del plan.. El precepto regulado en el art. 149.2 LC es, a nuestro juicio, indivisible. La regla general es la sucesión de empresa en las relaciones laborales, mediante la subrogación del adquirente en los contratos de trabajo, así como en las obligaciones derivadas fundamentalmente de los salarios e indemnizaciones. Su corolario es la posible subrogación en los créditos asumidos por el FOGASA, sólo si el juez la acuerda. No cabe su aplicación discrecional. O se aplica el contenido completo del mencionado artículo, como un todo, en el plan de liquidación, cuando no se contemple en él la sucesión de empresa, -incluyendo la no subrogación de los créditos asumidos por el FOGASA, si el juez lo aprueba- o se excluye por completo la

⁸¹⁰ ZABALETA DÍAZ, M., “El principio de conservación...”, cit., pp. 290-291. Participan de esta opinión RUBIO VICENTE, P. J., La enajenación de la empresa..., art. cit., p. 140. HUALDE LÓPEZ, I., *La fase de liquidación...*, cit., p. 419. VELASCO SAN PEDRO, L. A., “El plan de liquidación y las reglas supletorias de liquidación en el concurso”, art. cit., p. 4887.

⁸¹¹ BELTRAN, E.-MERCADER, J., “Reglas Legales Supletorias”, cit., p. 2387.

sucesión de empresa en la enajenación mediante un plan de liquidación. No parece que quepa una asunción parcial del precepto. ¿Existe alguna razón legal que exija aplicar lo “negativo” del precepto –las obligaciones que comporta la sucesión de empresa en lo laboral- a la enajenación de la empresa mediante un plan de liquidación y no –lo positivo- que supone la exención parcial de alguna de sus obligaciones? La Directiva 2001/23/CE no hace distinciones a la hora de proponer la exoneración de las cargas laborales al adquirente de la empresa en un procedimiento de insolvencia. Tampoco lo hace la LC.

El argumento de favorecer la transmisión de la empresa en los momentos especialmente delicados del concurso, dirigido en exclusiva a la enajenación mediante las RLS, no parece que pueda ser privativo de esta modalidad. Tan delicada y crucial es la transmisión de empresa mediante un plan de liquidación como a través de las RLS. Más importante hubiera sido conseguir, a través de las enmiendas de los Grupos Parlamentarios la aplicación total de la Directiva Comunitaria en que se basa la exención parcial, objeto de este comentario. Si parece importante reducir las cargas económicas del posible adquirente para ayudarle a la conservación de la actividad empresarial y el empleo, tanto más hubiera sido aplicar por entero o en mayor medida que lo preceptuado la no subrogación en las cargas laborales resultantes de los contratos de trabajo, ya que de esta manera se hubiera ayudado en gran medida a la transmisión de la empresa en fase de liquidación, tanto si se efectúa mediante las RLS o en función de un plan de liquidación. Recogiendo el sentir de RUBIO VICENTE, “¿cómo se tutela más el empleo, decretando sistemáticamente la sucesión laboral automática pese a la fragilidad económica de la empresa o reduciendo total o parcialmente esta carga y garantizar la viabilidad futura de la empresa, susceptible de recurrir una vez recuperada a nuevas contrataciones?”⁸¹² La exoneración de las obligaciones laborales por salarios o indemnizaciones juntamente con la rápida extinción de aquellos contratos de trabajo que dificultan la viabilidad de la empresa, pienso que son argumentos de gran peso a la hora de encontrar un futuro adquirente.

⁸¹² RUBIO VICENTE, P. J., La enajenación de la empresa..., art. cit., p. 139.

De todas formas, considero que la exención en la subrogación –tal y como finalmente se ha regulado en el art. 149.2 LC- se aplica no sólo a la enajenación a través de las RLS sino también mediante un plan de liquidación, aunque no parece que pueda extenderse a la enajenación en caso de convenio, puesto que la supletoriedad de las Reglas difícilmente cabe extenderla a aquel supuesto, fuera de la fase de liquidación. La administración concursal deberá solicitar, en su caso, y de manera expresa, la autorización judicial para que entre en juego la exención⁸¹³. Los créditos laborales no cubiertos por el FOGASA, puesto que estará subrogado en ellos el adquirente, serán objeto de negociación con los posibles ofertantes siempre que la vía elegida sea la venta directa o mediante persona o entidad especializada (en subasta, el precio de salida habrá tenido en cuenta esas obligaciones). Hay que indicar también que juntamente con la exención en la subrogación parcial de las obligaciones laborales, se recoge igualmente en el art. 149.2 LC la posibilidad de que el nuevo titular y los representantes de los trabajadores suscriban acuerdos para modificar las condiciones colectivas de trabajo (tal y como previamente había dispuesto el art. 5.2.b) de la Directiva Comunitaria aludida), si bien el art. 64 LC ya recoge la posible tramitación de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, aunque ahora se regula desde la óptica del nuevo titular, una vez adquirida la empresa o, incluso, mediante acuerdo previo, condicionado a su adquisición.

Finalmente, y como ya analizamos al tratar del plan de liquidación, se echa en falta un expreso pronunciamiento sobre la transmisión en bloque de todos los bienes y derechos, tanto materiales como inmateriales, que implica la enajenación de la empresa⁸¹⁴. No parece razonable que se solucione parcialmente la sucesión en su vertiente laboral y fiscal

⁸¹³ Si el juez no autorizase eximir de la subrogación al adquirente quedaría éste sujeto a todas las obligaciones recogidas en el art. 44 ET, en base a lo preceptuado en el art. 51.11 del referido Estatuto, que dispone la aplicación de aquella norma en el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma, siempre que “lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial”.

⁸¹⁴ “...ni la regulación del contrato de compraventa civil ni la correspondiente al mercantil hacen expresa referencia a este singular objeto, (la empresa) y mucho menos a las particularidades que éste y la situación concursal pueden introducir en su régimen jurídico; razón más que suficiente para advertir, en su caso, la necesaria adaptación tanto de éstas como de las disposiciones comunes encargadas de regular la cesión de las distintas relaciones jurídicas de titularidad empresarial, de inexcusable aplicación por inexistencia de una normativa especial sobre los negocios traslativos de la empresa”. RUBIO VICENTE, P. J., “La enajenación de la empresa...”, art. cit., pp. 142-143. Vid. en particular sobre contratos en curso el apartado VI.4.4.2.2.

—en este último caso, al exceptuarse de la sucesión las deudas y responsabilidades tributarias derivadas de la actividad económica del anterior titular- y no se haya logrado regular —siquiera parcialmente- los contratos en curso, necesarios para la continuidad de la actividad empresarial —contratos de leasing de maquinaria o sobre locales e instalaciones; de compras con pago aplazado; contratos de suministro, licencias de explotación, de patentes....-. La ausencia de una regulación jurídica específica del contrato de compraventa empresarial, aboca a la aplicación de las normas comunes sobre cesión de contratos, necesitando, por lo general, el consentimiento de la otra parte para que el adquirente de la empresa continúe en la relación. Y lo mismo cabe decir de la transmisión de la clientela, de las expectativas de negocio o la prohibición de hacer la competencia. Mientras no se consiga regular el contrato de compraventa de empresa deberá ser la labor de interpretación de los jueces la que supla el silencio normativo, con el fin de ir eliminando trabas a la ya difícil labor de llevar a cabo con éxito, en esta fase liquidativa, la enajenación de la empresa⁸¹⁵.

VIII. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Si bien la satisfacción de los acreedores es la finalidad principal del procedimiento de liquidación, deberá lograrse mediante la enajenación de la empresa, si sus condiciones de viabilidad la hicieren factible y siempre que la venta por elementos no consiga satisfacer en mayor medida el pago de los créditos de los acreedores. La sociedad concursada —el empresario- podrá desaparecer, pero se procurará que el conjunto empresarial —bien de forma unitaria o por ramas autónomas- continúe en activo, siempre que ello sea factible.

SEGUNDA.- El concepto de empresa que emplea la LC debe entenderse referido a establecimiento, explotación o unidad productiva o económica. La unidad productiva se

⁸¹⁵ Vid. sobre esta cuestión RUBIO VICENTE, P. J., “La enajenación de la empresa...”, art. cit., pp. 143-150.

identifica con la unidad económica y, en definitiva, con la empresa entendida de forma unitaria. Es como el cajón de sastre en el que cabe cualquier empresa que no pueda configurarse como un establecimiento o una explotación. Pero también, y como segunda acepción, la unidad productiva autónoma se asemeja a la rama de actividad o centro de trabajo, entendido éste en términos laborales. Es decir, aquella parte de la empresa, integrada por un conjunto de elementos patrimoniales, que es capaz de funcionar por sus propios medios. La normativa laboral, incluso la fiscal, parece identificar unidad productiva autónoma con centro de trabajo, incluso con aquella unidad de carácter funcional –sin base espacial o geográfica– que es autónoma y puede funcionar sin necesidad de otros recursos. Cabría, pues, definir, a efectos concursales, la unidad productiva, en su escalón mínimo, como la rama de actividad o unidad económica autónoma de actividad que cuenta con medios suficientes (bienes y derechos) para tener vida propia –incluso exclusivamente funcional– separada de su matriz, compartiendo incluso ubicación física con otras ramas de actividad. Esta precisión es de suma importancia, también por las consecuencias de carácter fiscal (exenciones, régimen especial) y laboral (sucesión de empresa; subrogación del adquirente en las cargas salariales) que comporta su tipificación como empresa.

TERCERA.- La fase de liquidación, aunque no sea la solución normal del concurso es, en la práctica, la vía elegida o aquélla en la que desembocan la mayoría de las sociedades de capital concursadas. La posibilidad que la Ley atribuye a la sociedad deudora de pedir la liquidación, al solicitar el concurso –sobre todo por vía anticipada–, comporta consecuencias de gran trascendencia. La Ley concursal deja en sus manos la llave para acceder o no a un convenio. Si solicita la liquidación, sin que medie otra causa que su propia voluntad, no habrá posibilidad de iniciar una solución convenida. El concurso se encaminará indefectiblemente a la liquidación del patrimonio concursal salvo que, mientras no se dicte la resolución judicial de apertura de la liquidación, la concursada revoque su petición de liquidación ordinaria o de la solicitud- propuesta presentada en la liquidación anticipada.

CUARTA.- Los sujetos legitimados para solicitar la liquidación son la sociedad deudora y –en caso de incumplimiento de convenio- los acreedores. El órgano facultado para solicitarla cuando es una facultad y no un deber, parece que corresponde, por mayoría cualificada, a la Junta de socios de la entidad deudora, así como la de proponer un plan de liquidación anticipada, en razón a las consecuencias que comporta para los socios, por ser una decisión voluntaria, que cierra las puertas a un posible convenio con los acreedores, el cual podría facilitarles la recuperación de la empresa y la continuidad de su titularidad como socios en la sociedad concursada. A nuestro juicio, correspondería a la Junta de socios adoptar la decisión de solicitar y proponer el plan liquidativo, siendo ejecutada por el órgano de administración.

QUINTA. La liquidación anticipada ha supuesto una indudable mejora para aquellas entidades deudoras que, por diversas razones, como el interés de sus socios o la imposibilidad de llegar a un acuerdo razonable, no deseaban concertar con los acreedores una solución convenida, ya que se les brinda la posibilidad de adelantar la apertura de la fase liquidatoria, reduciendo en gran medida la duración del procedimiento. La deudora, mediante la liquidación anticipada, consigue, además, proponer su propio plan de liquidación, posibilidad muy limitada en la liquidación ordinaria, ya que la propuesta de plan que debe presentar juntamente con su solicitud tiene un carácter más testimonial que efectivo.

SEXTA.- La Ley concede un plazo muy amplio para presentar –cuando es posible hacerlo de forma voluntaria- la solicitud de liquidación. En la liquidación ordinaria ese plazo se extiende desde la solicitud de concurso hasta quince días después de la puesta de manifiesto del inventario y de la lista de acreedores definitivos; incluso hasta diez días después de haberse aprobado el convenio si la sociedad concursada no hubiera formulado su propuesta ni le hubiera prestado conformidad. Y en la liquidación anticipada, hasta los quince días siguientes a la presentación del informe al juez por la administración concursal, previsto en el art. 75, con la particularidad de ser posible su solicitud aunque hubiera propuestas de convenio admitidas a trámite. La amplitud de plazo para solicitar la liquidación ordinaria se compadece mal con el voluntarismo recogido en la Exposición de

Motivos de la LC de considerar el convenio como la solución normal del concurso y peor todavía si la comparamos con la posibilidad de solicitar la liquidación anticipada, incluso con propuestas de convenio admitidas a trámite, no sólo realizadas por los acreedores, sino incluso por la propia deudora.

SÉPTIMA.-El silencio legal sobre la admisión a trámite por el juez de la solicitud de liquidación –como ocurre con las propuestas de convenio, en las que su admisión comporta automáticamente, además, la imposibilidad de su revocación - parece que lleva aparejada implícitamente la posibilidad de su revocación por la entidad solicitante. Inadmitir la imposibilidad de revocarla, tanto si la solicitud fuera de liquidación ordinaria como anticipada, cuando la Ley no se opone, iría en contra de la voluntad del legislador de fomentar una solución convenida deudor-acreedores.

OCTAVA.- Aunque la concursada esté obligada a solicitar la liquidación, vigente convenio, cuando conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas, no parece razonable obligarle, o incluso admitirle, un plan de liquidación, dada la inminencia de la fase liquidatoria. Además el legislador sólo impone su obligatoriedad (art. 6.4 LC) cuando la sociedad deudora solicita voluntariamente la liquidación en el concurso voluntario.

NOVENA.- La liquidación anticipada simplifica y agiliza los trámites procesales. La deudora, ha conseguido, por vía legal, la posibilidad de presentar una propuesta de plan de liquidación, relegando a la administración concursal en función tan principal, a la posibilidad de proponer modificaciones al mismo, dando un giro copernicano al planteamiento dispuesto por la LC respecto al plan en la liquidación ordinaria. Es reseñable también la flexibilidad con la que se dota al juez para enjuiciar y decidir sobre el plan junto con la apertura de liquidación, pudiendo tanto rechazar como aprobar la liquidación anticipada. El rechazo, en nuestra opinión, no es solamente al plan de liquidación propuesto, sino también a la apertura de la liquidación; el juez debería abrir la fase de convenio, ya que ni la norma le permite acordar la liquidación conforme a las RLS, ni se comprendería cual fuera el tratamiento, en su caso, de las propuestas de convenio que

hubieran sido admitidas a trámite. Reseñar igualmente que la posible aprobación del plan antes de conocer los textos definitivos del inventario crea inseguridad jurídica a la hora de enajenar la empresa, con bienes sujetos a impugnación, en ocasiones, esenciales para su actividad.

DÉCIMA.- Entre los efectos anudados a la apertura de la liquidación y, en particular, los que se refieren a la sociedad concursada, cabe destacar el cese de los administradores o liquidadores, sustituidos por la administración concursal para proceder de acuerdo con lo establecido en la Ley. Cese que no supone la extinción de sus facultades, ni siquiera la sustitución total en sus funciones, sino que está orientado a dotar a la administración concursal de facultades suficientes para llevar a término la liquidación patrimonial de la sociedad concursada.

UNDÉCIMA.- Hay que resaltar que el auto de aprobación del plan de liquidación y de la apertura de la fase liquidativa en la liquidación anticipada, deja sin efecto las propuestas de convenio que hubieran sido admitidas a trámite. De esta manera, se exceptiona no sólo lo preceptuado en el art. 114.2 LC sobre la imposibilidad de su revocación, sino que se llega al extremo de dejarlas sin efecto, incluso a la propuesta de convenio presentada por la entidad deudora. Interpretamos que el precepto habilita a la deudora a presentar propuesta de liquidación anticipada, aunque se le hubiera admitido a trámite una anticipada de convenio, incluso contando con adhesiones de acreedores que provisionalmente alcanzasen una mayoría legal, ya que la norma no impone ninguna limitación. En tal caso, consideramos que el juez debería esperar, -antes de dictar resolución aprobando el plan y la apertura de la liquidación- a conocer el resultado sobre las adhesiones definitivamente válidas, una vez que el secretario judicial, depuradas las que pudieran haber sido revocadas, verificase si alcanzan o no la mayoría legalmente exigida para resultar aprobada la propuesta anticipada de convenio. Si, por el contrario, hubiera resuelto aprobando el plan y la apertura de la liquidación con anterioridad y las adhesiones a la propuesta de convenio fueran mayoritarias, los interesados podrían presentar recurso de apelación en defensa de sus legítimos derechos.

DUODÉCIMA.- La incorporación del plan de liquidación en la operativa liquidatoria ha supuesto un paso sin precedentes en el objetivo de conseguir optimizar el patrimonio de la sociedad deudora y un considerable avance en el tratamiento de la propia operativa de liquidación. El paso de la liquidación -según la normativa anterior- de los distintos bienes de la entidad quebrada, hoy concursada, a la posible venta, en su caso, de la empresa de forma unitaria, evitando su desmembramiento, supone una importante mejora, de carácter cualitativo, beneficiosa para la entidad concursada y los acreedores, por el probable mayor precio a conseguir en la enajenación unitaria o por ramas de actividad, sobre la venta de los distintos elementos del activo empresarial.

DÉCIMOTERCERA.- La sociedad deudora es la única parte legitimada para presentar una propuesta de liquidación anticipada; por el contrario, es la administración concursal quien ostenta la legitimación para presentar al juez un plan de liquidación en la vía ordinaria. Los acreedores, no van a disponer ya de la prerrogativa de aceptar el plan de liquidación antes de someterlo a la autoridad judicial, como preconizaba el ALC 1983. Su protagonismo, ha quedado reducido a una mera propuesta de modificación –menos aún, a formular observaciones en la liquidación anticipada-, sin ninguna fuerza de obligar. Por el contrario, se acrecienta la función del juez –mero conocedor del plan aprobado por la comisión de acreedores, según la Propuesta de ALC 1995- rebajándose en paralelo las funciones que se atribuyen a los acreedores.

DÉCIMOCUARTA.- Aunque la administración concursal tiene el deber de presentar el plan de liquidación ordinaria una vez notificada la apertura de la fase de liquidación, nada impide, sin embargo, que en su elaboración pueda tener el asesoramiento de expertos independientes, con el fin de presentar un plan con arreglo a Ley, lo más elaborado y completo posible.

DÉCIMOQUINTA.- El plan de liquidación diseñado por el legislador, por lo que se refiere a la enajenación empresarial, tiene un planteamiento distinto al establecido para las RLS:

a)- El legislador no regula que el plan deba orientarse a la enajenación de la empresa; se limita a ordenar “que se contemple”, que no se orille el planteamiento de su enajenación. Y sólo “cuando sea factible”. En las RLS, por el contrario, impone la enajenación de la empresa como un todo; y, subsidiariamente, si el juez lo estima más conveniente para los intereses del concurso, podrá autorizar la venta de parte de sus unidades productivas o de los elementos componentes.

b)- En el plan, el legislador no se refiere expresamente a la venta de la empresa en actividad; sólo a su posible enajenación, pudiendo venderse la empresa inactiva. El art. 149.1.3ºLC impone, sin embargo, con carácter preferente, elegir aquellas ofertas que garanticen la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo.

c)- La intervención de la deudora y los acreedores brilla por su ausencia en las reglas supletorias; sólo a los representantes de los trabajadores se les permite intervenir y ser oídos; solución que difiere fundamentalmente de la postura adoptada por el legislador, admitiendo en la norma que regula el plan, la intervención de deudor y acreedores – además de los representantes de los trabajadores- para formular observaciones y propuestas de modificación al plan.

En base a las diferencias expuestas, pensamos que a la sociedad deudora le convendría, en primer lugar y en caso de preferir solicitar la liquidación, hacerlo mediante la propuesta de liquidación anticipada, ya que es la propia deudora quien elabora y presenta el plan, en función de sus propias consideraciones, aunque tratando de orientarlo hacia los intereses del concurso. Si adoptase la decisión de solicitar la liquidación pero no estuviera en plazo para proponer la anticipada, pediría la liquidación ordinaria, procurando, en lo que esté de su mano, no dar lugar a que se acuerde la liquidación mediante las RLS ya que el plan que presente la administración concursal, además del amplio abanico de soluciones que puede contemplar, -por contraposición a la rigidez de las recogidas en las reglas supletorias- puede corregirse, como hemos indicado, en base a sus propuestas de modificación, lo cual no sería posible de acuerdo con lo preceptuado en las RLS.

DÉCIMOSEXTA.- La diferencia esencial de la enajenación de la empresa vía convenio o en fase de liquidación es el carácter negociado sociedad deudora-acreedores en la solución convenida, restringido al marco de actuación establecido en el art. 100 y a la aprobación final del juez, mientras que la venta de la empresa en fase de liquidación tiene, con ciertos condicionantes, una dimensión forzosa, unilateral y cuasijudicial. El juez en la fase de liquidación, con la ayuda de la administración concursal, tiene un amplio margen de discrecionalidad, reduciendo el papel de deudora y acreedores a una actuación secundaria, ya que sus observaciones y propuestas de modificación no pasan de ser meras orientaciones, sin que condicionen la decisión judicial. El criterio que separa radicalmente convenio y liquidación en la enajenación de la empresa se fundamenta también en la asunción de obligaciones por el adquirente. En la solución convenida es requisito indispensable para su validez la continuidad empresarial y el pago a los acreedores, asumiendo el adquirente el pasivo de la entidad. En fase de liquidación no se requiere el cumplimiento de ninguna de esas dos condiciones: cabe la adquisición de la empresa, también sin actividad, e incluso la venta por elementos; el adquirente no asume obligación alguna respecto a los acreedores concursales, salvo la asunción de los contratos laborales de los trabajadores (mediante la sucesión de empresa) y la posible subrogación en los salarios e indemnizaciones pendientes de pago, siempre que no sean asumidos en parte por el FOGASA y la administración concursal no hubiera acordado con el adquirente, con autorización judicial, que sean atendidos por la masa activa concursal.

De este análisis podemos deducir que para la sociedad deudora resulta más favorable la enajenación vía convenio, siempre que considere factible que éste pueda aprobarse por la mayoría de los acreedores con derecho a voto, ya que asegura la continuidad de la empresa, el pago, -aunque fuere con quita y espera- de los créditos de los acreedores y posiblemente, total o parcialmente, las aportaciones de capital hechas por los socios, en dinero o mediante canje de valores. Si considera difícil obtener el voto afirmativo de la mayoría de acreedores sería más aconsejable utilizar la liquidación anticipada, por la prerrogativa de la sociedad deudora de negociar la enajenación con el posible adquirente y presentarla como propuesta en el plan de liquidación.

DÉCIMOSÉPTIMA.- Desde otra perspectiva, la enajenación en el convenio, es una más de las posibilidades a contemplar. En el plan de liquidación ordinaria, en cambio, se exige prioritariamente que la administración concursal contemple, siempre que sea factible, la enajenación, unitaria o por partes autónomas de actividad, de la empresa. Por otra parte, el perfil del adquirente, vía convenio, tiene particular trascendencia, porque está en juego la fiabilidad para poner en rentabilidad a la empresa y, en consecuencia, cumplir sus obligaciones con los acreedores. En el plan de liquidación ordinaria, siendo importante este aspecto, no es tan fundamental, ya que los acreedores (salvo los salariales no asumidos por el FOGASA) se verán atendidos en sus créditos con el precio que el comprador haya pagado por el activo empresarial. Finalmente, la cesión de la empresa a los acreedores en pago de sus créditos está prohibida expresamente en una solución convenida. Por el contrario, en fase de liquidación ordinaria, aunque nada diga la LC sobre el particular, sería posible dar cabida a ese planteamiento, sobre todo si se efectúa vía entidad deudora y/o acreedores, mediante propuesta de modificación del plan.

DÉCIMOCTAVA.- La factibilidad para enajenar la empresa es condición indispensable para su contemplación en el plan de liquidación. La existencia de la empresa, aún en su escalón mínimo, como puede ser la unidad orgánica funcional, es una primera condición básica. Pero además debe ser susceptible de enajenación. Un activo empresarial sin actividad y sin posibilidad de conseguirla, no puede venderse como empresa; tampoco si el concursado fuera el alma de un negocio de carácter artesanal o si los medios a aportar para su saneamiento son más onerosos que el rendimiento a obtener.

DÉCIMONOVENA.- La empresa, además, consideramos que debiera ser viable, bien unitariamente, bien por ramas de actividad, para que su enajenación sea factible; es decir, que su actividad pueda reportar una rentabilidad continuada en el tiempo, proporcional tanto al coste de los medios existentes como al de aquellos que se consideren necesarios que debiera aportar el adquirente. La elaboración de un plan de viabilidad podría ser un instrumento de gran utilidad para conocer si la empresa en liquidación que se pretende enajenar es o no actual o potencialmente viable, bien de forma unitaria o por unidades

autónomas de actividad. Requisito, a nuestro juicio, necesario para elaborar un plan de viabilidad será establecer con exactitud cuáles hayan sido las causas que han provocado la crisis empresarial, ya que en función de las mismas podrá proponerse una u otra terapéutica o constatar su inviabilidad. Cuando sean subsanables, incluso difícilmente subsanables, estaremos en presencia de causas que conllevan la posibilidad de continuar la actividad, de forma unitaria o por partes, y en consecuencia será factible contemplar su enajenación. Las causas insubsanables son las que comportan la inviabilidad de la empresa; aquellas cuyo coste para removerlas –en medios humanos, materiales, organizativos, financieros- es superior a la rentabilidad esperada en su puesta en marcha o en la continuación de su actividad.

VIGÉSIMA.- Los bienes y derechos necesarios para la actividad de la empresa quedan protegidos por la prohibición de iniciar su realización o ejecución forzosa. Sin embargo, la Ley parece dejar un camino abierto a la ejecución separada de bienes con garantía real, superado el año desde la declaración de concurso sin apertura de liquidación, pudiendo verse seriamente afectada la viabilidad de la empresa, al resentirse gravemente su integridad y aptitud funcional. Consideramos, sin embargo, que el juez tendría en su mano la posibilidad de decidir sobre su procedencia, cuando se presente a instancia de parte el desbloqueo de la prohibición. Una vez abierta la fase de liquidación, y con el fin de cubrir la laguna existente, cabría incluir en el plan de liquidación una cláusula mediante la cual, en caso de proyectarse la enajenación de la empresa, se paralizase la ejecución forzosa de bienes con garantía real, necesarios para la actividad, incluyéndose la enajenación de esos bienes en la venta unitaria de la empresa; previamente habría que pactar con los acreedores titulares de los mismos, el precio mínimo a conseguir. Si no se adoptase esa precaución o una similar, la venta unitaria de la empresa sería inviable, al faltar bienes indispensables para la actividad empresarial, adquiridos por un tercero que no deseara transmitirlos al potencial comprador de la empresa o pretendiera hacerlo a un precio que inhabilitase su compra.

VIGÉSIMOPRIMERA.- Las cautelas adoptadas por el legislador en interés del concurso sobre los contratos y otras relaciones jurídicas, necesarias para la actividad de la

empresa, se olvidan cuando se trata de adoptar medidas semejantes a la hora de su enajenación, salvo cuando se trata de proteger los derechos de los trabajadores. Si no existe un automatismo de continuidad en los contratos esenciales –leasing de maquinaria, compra a plazos del inmueble donde radica la fábrica o el establecimiento, suministro de bienes o servicios necesarios para mantener la actividad,...-, la venta dejará posiblemente de tener interés para el potencial adquirente. La ley francesa de salvamento de las empresas de 2005, si que ha tenido en cuenta estas medidas, posibilitando la transmisión global, junto con la empresa, de los contratos que son indispensables para mantener su actividad, considerando las observaciones de los cocontratantes, pero sin necesidad de su consentimiento. En la LC, y por aplicación de las normas generales, la cesión de créditos u otras relaciones jurídicas, juntamente con la enajenación de la empresa, necesita del consentimiento de la otra parte para poder tener validez. Sería muy conveniente la aprobación de una norma que favoreciera la sucesión automática de los contratos necesarios para la actividad de la empresa como habilita el artículo 62.3 LC durante la fase común- o, por lo menos, dejase en manos del juez esa posibilidad, sin perjuicio de reclamarse su rescisión, si hubiese causa bastante.

VIGÉSIMOSEGUNDA.- La viabilidad de la empresa radica también en la posibilidad de alcanzar un óptimo laboral, en caso de que se necesite la tramitación de un expediente colectivo sobre extinción, suspensión de contratos laborales o modificación de las condiciones de trabajo. La falta de acuerdo o la excesiva dilación en el cumplimiento de los trámites dispuestos en el art. 64, al estar condicionada la aprobación del plan a su cumplimiento, puede, en ocasiones, hacer inviable la enajenación de la empresa.

VIGÉSIMOTERCERA.- La valoración de la empresa o de sus unidades productivas es igualmente, a nuestro juicio, condición esencial para que pueda contemplarse, en primer lugar, la enajenación unitaria de la entidad o, por alcanzar un mayor valor, escoger la opción de venta de todas o parte de sus ramas de actividad. El inventario y el análisis de viabilidad serían presupuestos indispensables para una correcta valoración. El valor objetivo de una empresa se obtiene a partir de los beneficios que pueda generar en el futuro, sin tener en cuenta los sujetos intervinientes. El valor subjetivo viene dado por la

utilidad futura que sea capaz de aportar al adquirente. El valor objetivo puede variar en función de las medidas que puedan llevarse a cabo. No es igual valorar una empresa en liquidación, con reducida viabilidad, que, por ejemplo, extinguidos aquellos contratos laborales que pueden conducir a la empresa a su óptimo laboral, con razonables expectativas de continuidad rentable o habiendo puesto de manifiesto el valor estratégico que sus puntos de venta tienen para otro sector, ajeno a aquél en el que está integrada la empresa. La conjunción de los aspectos objetivos y subjetivos pensamos que comportará la consecución del valor económico correcto, con independencia del método que se emplee.

Quien lleve a cabo la valoración, así como el encargado del estudio sobre viabilidad son de singular importancia. Se necesitará elegir expertos que, a ser posible, conozcan el sector, ya que la utilidad de la valoración de una empresa es directamente proporcional al conocimiento que tenga del sector quien la realiza, sin olvidar su experiencia generalista en la valoración de empresas. En función de la valoración, la administración concursal tomará la decisión de contemplar bien la enajenación unitaria de la empresa, bien la de sus ramas de actividad o, incluso, separadamente, la de sus elementos y, podrá fijar un precio mínimo de venta, junto con el precio de salida con que comenzar la negociación.

VIGÉSIMOCUARTA.- El contenido material normativo del plan de liquidación del órgano de administración concursal, salvo la imposición de “contemplar” la enajenación unitaria o por partes de la empresa, siempre que sea factible, deja amplia libertad a ese órgano para incorporar al mismo todas aquellas cuestiones que considere necesarias o convenientes para la mejor realización de la masa activa, incluyendo las medidas necesarias para llevar a cabo con fiabilidad el análisis de factibilidad de la enajenación de la empresa. El precepto quizá debiera haber recogido otras precisiones con el fin de clarificar los criterios mínimos necesarios para que un plan de liquidación pueda ser considerado como tal, en beneficio de los responsables de su presentación y del propio juez.

El legislador, respecto a la propuesta de plan de liquidación –tanto anticipada como el presentado con la solicitud de liquidación ordinaria por la sociedad deudora- nada indica sobre su contenido. Consideramos que al elaborar el plan de liquidación anticipada, trata

de compatibilizar el interés de los acreedores en conseguir el cobro de sus créditos, con su legítima aspiración de tratar de recuperar, al menos en parte, los fondos aportados a la concursada, mediante la venta de la empresa, -si fuera factible- , después de lograr el óptimo laboral, haber paralizado el cobro de los créditos de los acreedores y el resto de ventajas que conlleva para la sociedad deudora la declaración de concurso.

El plan de liquidación anticipada propuesto por la sociedad deudora puede diferir, en cuanto al análisis de viabilidad, del que presente la administración concursal, por el distinto acento con que cada parte puede matizar los intereses en juego.

Por otra parte, la propuesta de plan de la entidad deudora, presentado *ex art.* 6.4, en la liquidación ordinaria, juntamente con la solicitud de liquidación, debiera ser de utilidad para:

- a) que acreedores, trabajadores y los órganos concursales conozcan como llevaría a cabo la liquidación la deudora, si estuviese en su mano la decisión, extrayendo sus propias conclusiones;
- b) que pudiera evaluarse su contenido en el informe a presentar al juez por la administración concursal;
- c) que sirviera de marco de referencia a la administración concursal a la hora de elaborar su propio plan, e incluso con la posibilidad de ser asumido, en todo o en parte, por ese órgano;
- d) que pudiera aportarlo la deudora como propuesta de modificación del plan presentado por la administración concursal, si no se hubiera tenido en cuenta en su elaboración.

VIGÉSMOQUINTA.- El contenido mínimo del plan a presentar por la administración concursal consideramos que debiera recoger:

- un análisis de viabilidad de la empresa o de sus unidades económicas o ramas de actividad, -por considerarse indispensable para evaluar la factibilidad o no de su enajenación- que establezca si las causas de la crisis empresarial son subsanables y, en su caso, si la rentabilidad a obtener se adecúa al coste en medios personales, materiales y financieros necesarios para superar las causas de la crisis; este análisis, posiblemente, debiera también contemplar el óptimo laboral y la

necesidad de iniciar, en su caso, un expediente colectivo laboral, si no se hubiese abordado todavía;

- o un análisis valorativo de la empresa, de sus ramas de actividad y de sus elementos componentes para emitir un juicio sobre la mejor fórmula de enajenación.

Seguramente debería contemplar además: la propuesta de cese o suspensión total o parcial de la actividad empresarial, si fuera necesaria y no se hubiera acordado con anterioridad; la fórmula de venta que se considere más adecuada, juntamente con el precio a ofertar: negociación directa o bien selección de entidad especializada encargada de la enajenación. Posibles fórmulas de pago, plazo previsto para la venta, y cuantas precisiones y cautelas se estime convenientes para resaltar los aspectos más sobresalientes de la operación, sin olvidar planes alternativos, por si fallase el plan presentado.

VIGÉSIMOSEXTA.- El cese de los administradores de la persona jurídica deudora no se armoniza bien con su posibilidad de actuación, habilitada normativamente para formular observaciones o propuestas de modificación al plan presentado por la administración concursal. Se echa en falta la articulación de los preceptos que regulen ambas disposiciones. El cese *ope legis* de los administradores que, junto con la disolución de la entidad, trae aparejada la apertura de la liquidación, no parece que pueda significar el término de todas las funciones que podrían desempeñar por razón de su cargo, como anteriormente indicamos, sino solamente aquéllas que conllevan la administración y disposición del patrimonio de la entidad concursada. La Ley, expresamente, les permite usar de la facultad de presentar propuestas al plan; también, implícitamente, incoar el expediente de saneamiento laboral *ex art. 64*, que recoge el art. 148.4, así como interponer recurso de apelación contra el auto judicial que apruebe el plan o las reglas supletorias, habiendo mediado observaciones o propuestas.

VIGÉSIMOSÉPTIMA.- La posibilidad de establecer una mesa de negociación con la finalidad de conseguir propuestas concertadas entre deudora, acreedores y representantes de los trabajadores, aunque no está contemplada en la Ley, podría ser un importante instrumento a la hora de influir en el juez en su toma de decisión, sobre todo si sus

conclusiones favorecen los intereses del concurso y se considerasen positivas por el órgano colegiado concursal. Esta mesa de negociación, en su caso, podría servir de punto de apoyo a las consultas a establecer entre las partes, en un eventual expediente colectivo de saneamiento laboral, pudiendo continuar su tarea después de una posible aprobación provisional del plan, condicionado a la resolución en firme del expediente laboral.

VIGÉSIMOCTAVA.- El juez, según se recoge en el art. 148.2 de la LC, si se formularon observaciones o propuestas de modificación, puede aprobar el plan tal como le fue presentado inicialmente, modificarlo en función de las mismas o acordar la liquidación mediante las RLS. El juez, interpretando la dicción legal, no debe limitarse a recoger, en su caso, en todo o en parte las propuestas presentadas, sino que puede tomar su decisión “en función” de las mismas, recogiendo su espíritu, siempre que guarde una correlación con las propuestas.

En la propuesta de liquidación anticipada el juez resuelve “a la vista” de las observaciones de los acreedores, de las posibles propuestas de modificación de la administración concursal y teniendo en cuenta las RLS y los intereses del concurso, resolviendo aprobar o rechazar el plan y la apertura de la liquidación. En caso de rechazo del plan parece que no se habilita al juez a acordar la apertura de la fase de liquidación. Tampoco se establece en la norma que, en caso de rechazo del plan anticipado, deba procederse automáticamente a la aplicación de las reglas supletorias, tanto por la literalidad de la disposición como por recobrar toda su virtualidad las propuestas de convenio admitidas a trámite. Ante el silencio legal, debe entenderse que el juez debiera dictar auto poniendo fin a la fase común –ya que el desarrollo de la liquidación anticipada se sustancia durante esa fase- y abrir la fase de convenio, con el fin de dar nuevas posibilidades de acuerdo a deudora y acreedores.

VIGÉSIMONOVENA.- La posible dilación que puede suponer la tramitación del expediente de saneamiento laboral *ex art. 64* y la sustanciación de los posibles recursos que se interpongan, choca frontalmente con la celeridad en la aprobación del plan. Sobre todo teniendo en cuenta que el legislador ha condicionado esa aprobación a la tramitación del mencionado expediente. Su cumplimiento completo es materialmente imposible, ya

que solamente el tiempo establecido entre la solicitud del mismo y el plazo concedido a la autoridad laboral para la presentación de su informe supera con creces el plazo habilitado por el art. 148 desde la presentación del plan hasta la resolución judicial sobre el mismo. Por ello, resultará conveniente, en su caso, solicitar el inicio del expediente una vez presentado por la administración concursal el informe al juez sobre la situación patrimonial y crediticia de la empresa; incluso después de la declaración de concurso, sobre todo si la medida se incluye en el plan de la sociedad deudora, presentado juntamente con la petición de liquidación anticipada y se prevé, por la crítica situación de la empresa, que se deben adoptar por el juez medidas de cierre o suspensión total o parcial de la actividad empresarial (art. 44.4LC). De esta manera habría, generalmente, tiempo suficiente para conseguir un acuerdo administración concursal-representantes de los trabajadores, aceptando el juez mediante auto las medidas propuestas o, en caso contrario, resolver de acuerdo con la legislación laboral.

Solicitar el expediente y comenzar la negociación, una vez abierta la fase de liquidación, quizá cumpla formalmente con lo dispuesto en el punto 4 del artículo 148, pero incumplirá el espíritu de la norma que, entendemos, debiera ser la aprobación del plan una vez resuelto el expediente colectivo sobre saneamiento laboral. Esta solución sería factible mediante la aprobación provisional del plan, condicionando su elevación a definitiva al resultado del expediente, mediante sentencia firme, caso de interposición de recursos. Su conocimiento resultará imprescindible para el futuro adquirente, ya que en función del contenido de la sentencia firme sobre el expediente laboral, decidirá o no adquirir la empresa y cual sea el precio que está dispuesto a pagar. Por ello, podría incluso ser positiva la intervención del posible comprador –si hubiera algún candidato en esta fase– en las negociaciones de la administración concursal con los representantes de los trabajadores, puesto que, una vez conseguido eventualmente un acuerdo, el juez podría proceder a la aprobación tanto del expediente laboral *ex art.* 64 como del plan definitivo de liquidación. La interposición de los diversos recursos contra el auto judicial sobre el expediente colectivo de saneamiento laboral (arts. 64.8 y 197.8LC) dificulta, en gran medida, la puesta en práctica del plan de liquidación, al no poderse conocer si el óptimo laboral, dictaminado por los expertos, será el que finalmente se apruebe por sentencia firme. El que los recursos de suplicación, como los de queja o casación, no tengan efectos

suspensivos, no resuelve el problema, ya que ni la valoración de la empresa –incluso su misma viabilidad-, ni su precio de oferta podrán elevarse a definitivos, sin conocer el fallo firme judicial.

TRIGÈSIMA.- La interposición del recurso de apelación contra el auto judicial sobre el plan de liquidación se aparta del criterio general que reserva esta vía de recurso a las sentencias aprobatorias de convenio, a las que resuelvan incidentes concursales planteados con posterioridad o durante la fase de liquidación, por la importancia que el legislador concede al plan, resuelto en función de las observaciones o propuestas planteadas por las partes legitimadas. El legislador impone implícitamente la no admisión de recurso alguno contra la sentencia de la Audiencia Provincial que pone fin a la segunda instancia (al no recogerse en el art. 197.7 LC), dando así por terminado el contradictorio. Adecuada disposición, en aras de la celeridad del procedimiento, que choca frontalmente – reiterando lo ya expuesto-con la cadena de recursos que es posible interponer contra el auto judicial que resuelve el expediente laboral *ex* art.64, lo que significa, generalmente, dilatar la sentencia firme, demorando así la aprobación del plan de liquidación y, lo que es todavía peor, inhabilitando las expectativas de rápida enajenación de la empresa, ya que los potenciales adquirentes difícilmente comprarán sin conocer, de manera definitiva, cual va a ser el colectivo laboral de la empresa, por las importantes consecuencias que comporta respecto al precio a pagar por ella, e incluso al interés por su adquisición, ya que está en juego la viabilidad de la empresa.

TRIGÉSIMOPRIMERA.- Las Reglas Legales Supletorias –reguladas en el art. 149 de la LC-son el último reducto impuesto por el legislador para conseguir la liquidación ordenada del patrimonio de la sociedad concursada, dando a la liquidación de la empresa un trato preferente, al dejar en segundo plano la enajenación de aislada de sus diversos componentes.

Las enmiendas aprobadas en Congreso y Senado al Proyecto de Ley Orgánica de 2002, al poner especial acento –cuando se enajene la empresa como un todo o mediante unidades productivas- en la preferencia de ofertas que garanticen la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, dejando en tercer lugar la satisfacción de los créditos

de los acreedores, parecen trastocar la finalidad de la liquidación que hasta entonces había sido prioritaria, cual era la satisfacción de los acreedores, dando pie, además, a un debate interpretativo sobre cual sea el procedimiento habilitado para enajenar la empresa en su conjunto, al considerar un sector doctrinal la prevalencia de lo dispuesto en la regla 3ª – disposiciones de la LEC para el procedimiento de apremio- sobre lo dispuesto en la regla 1ª –subasta o venta desierta, si el Juez lo decide caso de resultar la subasta desierta.

TRIGÉSIMOSEGUNDA.- Las RLS serán de aplicación plena cuando no se haya aprobado un plan presentado por la administración concursal en la liquidación ordinaria, lo que puede ser debido, entre otras causas, a su presentación fuera de plazo, estar viciado de nulidad o recoger observaciones o propuestas de las partes legitimadas que vayan contra los intereses del concurso. Sin embargo es dudosa su aplicación si no se hubiera formulado plan alguno, ya que las reglas se refieren sólo a su no aprobación no a su ausencia. Se aplicará parcialmente, cuando existan lagunas esenciales en el plan de liquidación que deban ser completadas con lo dispuesto en las reglas supletorias, como la forma de enajenar la empresa o el cumplimiento de la normativa sobre sucesión de empresa, en su vertiente laboral.

TRIGÉSIMOTERCERA.- La primera regla supletoria no parece ser la venta unitaria de la empresa sino velar por lo que sea más conveniente para los intereses del concurso. Si el juez estima que esa finalidad se cumple con la venta de la empresa como un todo, esa deberá ser su resolución, con audiencia previa de los representantes laborales. En caso de duda, previo informe de la administración concursal, podrá escoger también entre la venta por ramas de actividad o de los elementos aislados. Si el criterio prevalente hubiera sido la conservación de la actividad de la empresa, de los puestos de trabajo o ambas, el juez no hubiera necesitado informe alguno de la administración concursal para ponderar la vía alternativa de la división o venta por elementos. Lo que parece que pretende el legislador con la regla 1ª es que el juez, a través de sus propias conclusiones, o con la ayuda de la administración concursal y de los representantes laborales, pueda decidir si debe prevalecer, como interés del concurso, la venta por ramas de actividad o por elementos aislados, en este último supuesto, con el fin de obtener la mayor satisfacción para los

acreedores. Por ello, no cabe hablar en las reglas supletorias de carácter subordinado de la venta por elementos, sino de procedimiento alternativo.

TRIGÉSIMOCUARTA.- Contra el auto judicial, en el que se motivará la resolución adoptada, no será posible presentar recurso alguno, ni siquiera reproducir la cuestión en la apelación más próxima, lo que excepciona la regla general de admisión del recurso de reposición. Consideramos que de esta manera aunque se aligera el proceso, se priva especialmente a la sociedad concursada y acreedores (que no han tenido ni siquiera voz) de poder hacer valer sus pretensiones en reposición o, en su caso, ante el Tribunal de apelación.

TRIGÉSIMOQUINTA.- Se ha producido una amplia controversia doctrinal sobre cuál sea la modalidad o modalidades de realización unitaria de la empresa y sus unidades autónomas de actividad. Diversos ALC -1983, 2000 y sucesivos- se pronunciaban con claridad distinguiendo la enajenación de la empresa unitaria o unidades productivas de la de sus elementos componentes. Sin embargo, las distintas enmiendas introducidas en el Congreso y Senado, dieron como resultado una redacción aparentemente contradictoria entre la regla 1ª con el primer párrafo de la regla 3ª del art. 149, en orden a la prelación de la subasta, venta directa o de las distintas modalidades previstas para el procedimiento de apremio. La doctrina, de forma generalizada, aboga por considerar la subasta pública como vía preferente para enajenar la empresa como un todo y sus ramas de actividad, siendo subsidiaria, si quedare desierta, la venta directa. Otra cosa es la consideración que merece la norma. La subasta no ha sido la modalidad más utilizada en la reciente legislación concursal de Francia, Alemania, Portugal o Italia., tratando a esa forma de realización no dentro de las prioritarias, sino ni siquiera como primera modalidad alternativa. Posiblemente la transparencia y la adecuación a un procedimiento rígido, con las máximas garantías jurídicas, ha primado para el legislador más que la posibilidad de obtener, por otras vías, una mayor remuneración con que atender a los acreedores, sin olvidar que esta finalidad del concurso debe combinarse con la conservación de la empresa en actividad y de los puestos de trabajo.

TRIGÉSIMOSEXTA.- La norma no indica que la subasta deberá atenerse a los criterios establecidos para la subasta judicial en el procedimiento de apremio, al no expresar el modo de subasta que deberá llevarse a cabo. En el IV Congreso de Jueces especialistas en los asuntos propios de los Juzgados de lo Mercantil se concluyó que debe interpretarse como “subasta en sede judicial”, ya que cabría -criterio que compartimos- la subasta judicial o por persona o entidad especializada bajo control judicial y siempre ajustada a las bases dispuestas por el Juez.

TRIGÉSIMOSÉPTIMA.- Sin embargo, en cualquiera de las modalidades de subasta que puedan elegirse el criterio de preferencia será siempre el conservativo. En la regla 1ª se le deja al Juez libertad para elegir, siempre acorde con los intereses del concurso, entre venta unitaria de la empresa o de sus ramas de actividad o bien por elementos aislados. Una vez que opte por la venta de la empresa como un todo o de sus ramas, la regla 3ª le obliga a elegir, en estos casos, entre las ofertas de compra presentadas, mediante unos criterios de preferencia, estando en primer lugar la garantía de continuidad de la empresa o de sus unidades productivas y la de los puestos de trabajo, aunque no se le obliga a preferir la conservación de “todos” los puestos de trabajo, sino, a nuestro juicio, de aquellos que sean necesarios para que la empresa se mantenga en actividad, es decir que garanticen un futuro de rentabilidad a su adquirente. Parece que la satisfacción de los créditos de los acreedores, se tendrá en cuenta como preferencia entre aquellas ofertas que hayan garantizado la continuidad empresarial y laboral de la unidad económica a liquidar.

TRIGÉSIMOCTAVA.- Para la enajenación de los elementos aislados de la empresa, así como del resto de bienes y derechos del patrimonio de la sociedad concursada no afectos a créditos con privilegio especial, la norma remite a las disposiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio. De ellas, la que consideramos, en principio más adecuada para lograr una rápida enajenación y la mayor satisfacción para los acreedores en la cobertura de sus créditos es la enajenación por persona o entidad especializada. El juez, a petición de la administración concursal, es quien ordena a una determinada persona o entidad, en base a su especialización y experiencia, la venta de los componentes de la empresa o de determinados bienes o derechos que por sus características

hacen necesaria su actuación. Al ser el juez quien faculta a la persona o entidad elegida y no la administración concursal, consideramos que depende orgánicamente del juez y es a él a quien debe rendir cuentas, ya que no debe confundírsele con un auxiliar delegado de la administración concursal.

TRIGÉSIMONOVENA.- Los créditos con privilegio especial disponen de un tratamiento específico para la realización de los bienes y derechos afectos. La apertura de la liquidación permite, previa decisión del juez, continuar su ejecución separada o colectiva (según se hubiera o no iniciado su ejecución antes de la declaración del concurso), si bien consideramos que será prioritaria la enajenación unitaria de la empresa o por ramas de actividad, integrando el bien o derecho afecto por el privilegio, cuando sea indispensable para la continuidad de la empresa. La administración concursal acordará previamente con el titular del privilegio su precio mínimo, siempre que se produzca su venta sin subsistencia de gravamen.

CUADRAGÉSIMA.- La LC posibilita la realización de bienes o derechos afectos a créditos privilegiados con subsistencia de gravamen, con subrogación del adquirente en las obligaciones dimanantes de la afección. El cambio de deudor ha dado lugar a una controversia doctrinal, ya que al implicar una novación, parece que no podría hacerse sin consentimiento del acreedor; sin embargo el art. 155. 3 LC dispone que el juez podrá autorizar la subrogación, oídos los interesados -previa solicitud de la administración concursal-, sin necesidad de que el acreedor titular del privilegio preste su consentimiento. En tal caso podría darse una novación *ope legis*, ya que por la dicción de la norma parece que sea suficiente la autorización del juez, al no estar vinculado a las propuestas de los interesados, ni siquiera a la posible contradicción del acreedor privilegiado.

Puesto que el cambio de deudor incontestado alberga dudas sobre su legalidad, el juez deberá ser especialmente cuidadoso, en su caso, en el análisis y posterior decisión, adquiriendo suficiente certidumbre sobre la amplia cobertura del bien o derecho sobre el total de la deuda garantizada y de la solvencia e incluso honorabilidad del nuevo deudor, máxime si se tiene en cuenta que la obligación crediticia quedará excluida de la sobreprotección que supone su adscripción a la masa pasiva.

CUADRAGÉSIMOPRIMERA.- La enajenación de los bienes y derechos afectos a créditos especialmente privilegiados es similar al procedimiento dispuesto en la regla 1º de las supletorias para la enajenación de la empresa unitaria: la subasta. La venta directa sólo se acordará por el juez en la enajenación de la empresa si la subasta quedare desierta. Por el contrario, en la realización de los bienes y derechos afectos, será posible llevarla a cabo, en lugar de la subasta, previa solicitud por la administración concursal y audiencia de la sociedad concursada y el acreedor titular del privilegio. La venta directa es, por tanto, un procedimiento alternativo contrariamente a su utilización en la enajenación de la empresa unitaria, que constituye una vía subsidiaria. Tampoco aquí –como en la regla 1ª- se circunscribe la subasta a la judicial, dispuesta en la LEC para el procedimiento de apremio. Por ello consideramos que pueden celebrarse subastas públicas o privadas, notariales o por persona o entidad especializada.

La venta directa la autorizará el juez a quien ofrezca un precio superior al mínimo pactado y su pago sea de contado. El pacto normalmente debiera ser entre el acreedor privilegiado y la administración concursal, que va a actuar en defensa de los intereses de la totalidad de los acreedores concursales, ya que éstos serán atendidos siempre que haya excedente en la venta, una vez cancelado el crédito. Opinamos que en defecto de pacto, habrá que acudir al que se hubiera recogido en la escritura de constitución de la hipoteca o prenda, en la que se fijó el valor del bien a efectos de subasta, de común acuerdo entre el propietario del bien o derecho y el titular del crédito privilegiado.

CUADRAGÉSIMOSEGUNDA.- La sucesión de empresa recogida en las reglas supletorias –referida exclusivamente al ámbito laboral- se producirá siempre que la unidad empresarial, como un todo o por ramas de actividad, objeto de enajenación, mantenga su identidad, es decir esté en actividad o, a nuestro juicio, aunque inactiva, conserve los medios organizados indispensables para llevar a cabo una actividad económica y siempre que se produzca la entrega efectiva de los mismos al adquirente.

CUADRAGÉSIMOTERCERA.- Se ha planteado si la asunción de las obligaciones laborales por el adquirente, cuando se enajene la empresa se extiende también a las deudas

con la Seguridad Social. Hay resoluciones judiciales que rechazan su asunción al no considerarlas créditos laborales, como ocurre con las deudas tributarias anteriores a la enajenación de la empresa, exoneradas de la subrogación al nuevo titular en ejecución de un convenio o como consecuencia de una liquidación concursal. Por el contrario, la Tesorería General de la Seguridad Social –amparándose en el art. 127. 2 de la LGSS- considera que el adquirente de la empresa es responsable solidario respecto del pago de las deudas pendientes con la Seguridad Social.

La interpretación hecha por la autoridad judicial parece ser más conforme a los principios recogidos en diversas Directivas del Consejo de la CE, tendentes a excluir - cuando se trasmitan empresas incursas en procedimientos de insolvencia- los efectos propios de la sucesión de empresa, si bien no existe todavía un criterio definitivo que clarifique la cuestión. Convendrá que, mediante la jurisprudencia del Tribunal Supremo o una disposición normativa con rango de Ley, se resuelva esta importante cuestión.

CUADRAGÉSIMOCUARTA.- Sobre la aplicación del precepto sobre sucesión laboral exclusivamente a la enajenación de la empresa mediante las reglas supletorias o también a las operaciones del plan de liquidación, la doctrina, de manera generalizada, es favorable a su extensión a esta última opción, ya que las reglas supletorias se aplican no sólo en defecto de plan, sino también en todo lo no previsto en el mismo. Por ello, lo preceptuado en el art. 149.2 LC se aplicará de manera indivisible –es decir, incluyendo la posible exención de la subrogación del adquirente en las obligaciones laborales asumidas por el FOGASA- también a la enajenación de la empresa o sus ramas de actividad incluidas en un plan de liquidación, cuando se haya obviado su tratamiento, así como de manera supletoria a lo allí regulado sobre esta cuestión.

CUADRAGÉSIMOQUINTA.- El legislador podría haber exonerado al adquirente de una empresa en liquidación concursal de hacerse cargo de la totalidad de las deudas laborales contraídas por la sociedad concursada, apoyado en la Directiva 2001/23 CE del Consejo. Esta disposición considera no aplicable la subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones derivadas de un contrato de trabajo, como consecuencia del traspaso de una empresa, cuando el cedente fuera objeto de un procedimiento de quiebra o

insolvencia, salvo disposición en contrario por parte de los estados miembros. Consideramos que hubiera sido de gran importancia, en esta última fase del concurso, eliminar el lastre que supone la carga por obligaciones laborales, con el fin de fomentar el interés de posibles adquirentes que deseen aceptar el riesgo que supone continuar la actividad de una empresa en estado de deterioro, con todo o parte del colectivo de trabajadores. La norma concursal se ha quedado a mitad de camino en el cumplimiento de la Directiva aludida. Este aspecto y la modificación del procedimiento dispuesto para tramitar los expedientes de extinción o suspensión colectiva de las relaciones laborales, constituyen, a nuestro juicio, dos entre las asignaturas pendientes que debieran acometerse en la próxima modificación de la Ley Concursal, sin olvidar la sucesión a título universal en la transmisión de la empresa.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ÁLAMO del, V. y ALVEAR, L., “Principales métodos de valoración”, en SANJURJO, M./ REINOSO, M., *Guía de valoración de empresas*, 2ª edic., Ed. Pearson Educación S.A., Madrid 2003, pp. 75-158.

ALCOVER GARAU, G., “Aproximación al régimen jurídico de la liquidación anticipada”, RcP nº 11/2009, pp. 78-80.

ALEJANDRE GARCÍA, J.A., *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*, Universidad Hispalense, Secc. Derecho, nº 7, 1970, pp. 61 ss.

AMO BARAYBAR F., “Cuestiones económicas de la nueva Ley Concursal”, en AAVV, dirs. ARROYO, M./ AMO, F./ ENCINAR, J.L., *Cuestiones prácticas de la nueva Ley Concursal*, Práctica Jurídica, Ed. Tecnos, Madrid 2004, pp. 158-186.

ALONSO- CUEVILLAS SAYROL, J., “De los recursos. Art. 197”, en SALA, A., MERCADAL, F., ALONSO-CUEVILLAS, J. (coords.), *Nueva Ley Concursal*, Bosch 2004, pp. 830-835.

ALONSO LEDESMA, C., “Sociedad Anónima en formación y prohibición de transmitir acciones antes de la inscripción”, ALONSO UREBA, A., DUQUE DOMINGUEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G. y otros, en *Derecho de Sociedades Anónimas Tomo II, Capital y acciones*, Madrid 1994, p. 961-1031.

“Créditos con privilegios especial” Art. 90” y “Pago de créditos con privilegio especial. Art. 155”, en PULGAR EZQUERRA, J.-ALONSO LEDESMA, C.-ALCOVER GARAU, G.- ALONSO UREBA, A., *Comentarios a la legislación concursal*, T. I y II, Dykinson, Madrid 2004, pp. 902-914 y 1374-1381.

ALVARADO, D., “La reorganización empresarial de los Estados Unidos de América: el Chapter 11”, www.gestiopolis.com,

AMBROSINI, S., *La liquidazione dell’attivo, Il Fallimento*, vol. XI, T. II, Cedam, Padova 2009, pp. 611-652.

AMO BARAYBAR, F., “Cuestiones económicas de la nueva Ley Concursal”, en AAVV, coords. ARROYO, M./ AMO, F./ ENCINAR, J.L., *Cuestiones prácticas de la nueva Ley Concursal*, Práctica Jurídica, Ed. Tecnos, Madrid 2004.

ANDREU MARTÍNEZ, B., *Incumplimiento anticipado: regulación en los principios de derecho contractual europeo y solicitud a la vista del Código Civil español en base a un Derecho contractual europeo*, Valencia 2003, pp. 333 ss.

ARMOUR, J., “La reforma de los procedimientos de recuperación de empresas en crisis en el Reino Unido”, RcP nº 3/2005, p. 403.

ARSEGUEL, A., - MÉTEYÉ, Th., “Les aspects sociaux de la procédure de sauvegarde”, RPC, nº 2, 2008, pp. 116-123.

BELTRÁN, E., “La apertura de la fase de liquidación”, en QUINTANA CARLO, I.-

BONET NAVARRO, A.-GARCÍA CRUCES, J.A.º., *Las claves de la Ley Concursal*, Thomson Aranzadi, Cizur Mernor (Navarra) 2005, pp. 509-526.

“De la apertura de la fase de liquidación” y “Plan de liquidación”, en AAVV, dirs. ROJO, A./BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Ed. Thomson-Civitas, Madrid 2004, pp. 2295-2324 y 2366-2377.

“La liquidación”, en Revista del Poder Judicial, Número especial “La Ley Concursal”, XVIII, 2004 p.409-481.

“El nuevo Derecho concursal francés. La Ley de 25 de enero de 1985 relativa al redressement et liquidation judiciaires” La Ley, VI, nº 1204, Madrid 1985, pp. 1 y ss.

BELTRÁN, E.,- MARTÍNEZ FLOREZ, A., “La sustitución del órgano de administración y representación de la persona jurídica por la Administración concursal”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, pp. 2345-2346.

BELTRÁN, E.-MERCADER, J., “Reglas Legales Supletorias”, en *Comentario de la Ley Concursal*, dirs. ROJO, A.- BELTRÁN, E., ED. Thomson-Civitas, T. II, Madrid 2004, p. 2378-2395.

BELTRÁN, E.-TIRADO, I., “Prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E., (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Thomson-Civitas, Madrid 2004, p.2400-2414.

BENITO-MAMPEL-BONSIGNORI, *La doctrina española de la quiebra*, Madrid 1930.

BERMEJO, N., “Supuestos especiales de reconocimiento (Los créditos sometidos a condición resolutoria. Art. 87)”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E., *Comentario de la legislación concursal*, Tomo I, Thomson Civitas 2004, pp. 1564-1566.

BISBAL MENDEZ, J., “La insoportable levedad del Derecho Concursal”, RdM, nº 214, 1994, pp. 843-878.

BLASCO GASCÓ, P., “La fase de liquidación concursal”, GARNICA MARTÍN, J., (dir.), *La nueva Ley Concursal*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 499-572.

“De la fase de liquidación” (“Apertura, Efectos y Operaciones de liquidación”), en SAGRERA TIZÓN, J.M./SALA REIXACHS, A./FERRER BARRIENDOS, A., *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Ed. Bosch, 2004, págs.1493-1576.

“Comentarios al pago de créditos con privilegio especial. Art. 155”, en SAGRERA TIZÓN, J.M.-SALA REIXACHS, A. – FERRER BARRIENDOS, A., *Comentarios a la Ley Concursal*, T. II, Bosch 2004, p. 1590-1633.

BONFATTI, S.-CENSONI, P.F., *Manuale di Diritto Fallimentare*, 2ª ed., Cedam 2007; *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della Legge Fallimentare* (Apendice), Cedam 2008.

BOTTERINI DE PELOSI, F., “Stati Uniti D’America”, en PAJARDI, P. y BOCCHIOLA, M., *“Il fallimento nel mondo. Panorama dei sistemi concorsuali nell realtà nazionali”*, Cedam Padova 1988, pp. 915 ss.

BUFETE MARROQUÍN, AAVV, coord. USON DUCH, L., “De la fase de liquidación” *La nueva Ley Concursal: Comentarios y formularios a la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal*, Vol. I, Grupo Difusión, Barcelona 2003 pp.769-839.

CABANAS TREJO, R., “Ley Concursal: Exposición sistemática y comentarios”. “La fase de liquidación”, La Notaría 7-8, vol. I, Collegi de Notaris de Catalunya, julio-agosto 2003, pp. 154-162.

CAIAFA, A., *La Legge Fallimentare riformata e corretta*, Cedam, Padova 2008.

CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *La cesión global de activo y pasivo como mecanismo de liquidación y como supuesto de modificación estructural*, Madrid 2004.

CANDELARIO MACÍAS, M.I., “El nuevo Derecho francés en materia de quiebras”, RdM nº 222, 1996, pp. 1253-1283.

CANDELARIO MACÍAS, M.I. y RODRÍGUEZ L.E., “Apuntes sobre el nuevo Código de la Insolvencia y de la Recuperación de Empresas de Portugal”, en RcP, nº 2/2005, La Ley, p.395-435.

CANTOS ABERASTURI, E., “Los créditos concursales y el FOGASA”, coord.. MAIRATA, J., *Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, vol. II, 2004, pp. 407-419.

CASERO LINARES, L., “De la fase de liquidación (Apertura, Efectos y Operaciones de liquidación)”, en AAVV, coord.. PALOMAR OLMEDA, A., *Comentarios a la legislación concursal*, Ed. Dykinson, Madrid 2004, pp. 1022 –1063.

CERATI-GAUTHIER, A., “L’associé dans le Loi de sauvegarde des entreprises”, en *Revue des Sociétés*, nº 2 abril-junio 2006, pp. 305-317.

CLEMENTE MEORO, M., *Los supuestos legales del vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia 1991.

COQUELET, M.-L., “Le plan de cession: Faut-il déjà réformer?”, en *RPC*, nº 2, 2008, pp. 128-131.

CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a la Ley Concursal.*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2004.

CORDONES RAMIREZ, M., AURIOLES MARTÍN, A., *La quiebra en las Ordenanzas Consulares de Málaga*, edit. TAT, Granada 1987.

CORRE, B., et FAGE, J., “Loi nº 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Tableaux et schémas”, en *RPC*, nº 1 marzo 2006, pp. 91-106.

CHERUBINI, G.,-DI TERLIZZI, M., *La nuova Legge Fallimentare dal D. lgs. 5/2006 al Decreto correttivo 169/2007*, Ed. Giuffrè, Milano 2007.

DE LA CUESTA RUTE, J.M^a. De la, “La fase de liquidación”, coord.. MAIRATA, J., *Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, vol. II, 2004, pp. 247-278.

DE LA MADRID, E., « Análisis de Derecho Comparado en materia concursal de cinco legislaciones », en *Revista Jurídica. Boletín de Derecho Comparado*, nº 95. [www. Juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/95/art/art6.htm](http://www.Juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/95/art/art6.htm)

DE LA MORENA SANZ, G., “La liquidación anticipada”, *RcP* 11/2009, pp. 413-417.

DEL MÁRMOL, Ch., *La faillite en droit anglo-saxon. Reglement de la faillite*, Paris 1936.

DEL REY GUANTER, S. Y LUQUE PARRA, M., “La transmisión de empresas en situaciones concursales” en *Relaciones Laborales (RL)*, La Ley, T.II, 2003, pp. 567-570.

DÍAZ MORENO, A., “La articulación de las fases de convenio y liquidación en el concurso de acreedores”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 8, 2006, pp.8- 47.

“Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor. En particular los supuestos de deudores personas jurídicas”, en QUINTANA CARLO I., BONET NAVARRO A., GARCÍA-CRUCES, J.A., (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Thomson Aranzadi, Cizur menor (Navarra) 2005, p. 227-258.

“El convenio concursal”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., *Derecho Mercantil*, 12ª Ed., Barcelona 2008, vol. II, pp. 921-940.

DICCIONARIO REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (DRAE), 20ª edición, 1984, pág. 600.

EPIFANIO, M. del R., “El nuevo Derecho Concursal portugués”, en RcP nº 2/2005, *La Ley*, pp. 385-393.

ESPLUGUES, C., “Eficacia de los procedimientos concursales iniciados en el extranjero. Análisis ALC de 12-XII-1995 en relación con el Convenio de Bruselas de 23-XI-1995 relativo a los procedimientos de insolvencia”, *Rev. Derecho Bancario y Bursátil*, 1997, nº 68, pp. 1121-1163.

ESPOSITO, C., “Il programma di liquidazione nel decreto correttivo”, *Il Fallimento*, 9/2007, pp. 1078-1087.

ESTEBAN VELASCO, G., “Incumplimiento del deber de solicitud del concurso de la persona jurídica: la responsabilidad de los administradores”. Ponencia en sesión de 5 febrero 2004, en Curso-Seminario *El nuevo Derecho Concursal*, dirigido por la Prof. ALONSO LEDESMA, C., Universidad Complutense de Madrid, febrero-abril 2004.

FELICE CENSONI, P., “La sorte dei rapporti pendenti nel fallimento nel caso di affitto di azienda”, en *Giur. Comm.* nº 30. 3/03, p. 333-344.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, La Ley, Iurgium, 2004.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “El convenio”, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid-Barcelona 2004, p. 564-582.

“Soluciones al concurso: tendencias internacionales y demandas de los operadores”, RcP 8/2008, pp. 207-213.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. Mª, “Notas sobre la liquidación anticipada”, en ADC, nº 20, mayo-agosto 2010, pp. 235-276.

FERNÁNDEZ TORRES, I., *La Junta General en las Sociedades de Capital en liquidación*, Ed. Iustel, Madrid 2006.

FERRO, M., *La Legge Fallimentare. Commentario teorico-pratico*. Cedam, Padova 2007.

FIMMANÓ, F., La liquidazione dell'attivo fallimentare nel correttivo alla riforma, *Il Diritto Fallimentare*, vol LXXXII, n° 6/2007, pp. 845-870.

FINARDI, D., La nuova disciplina delle liquidazione dell'attivo: in particolare sulle novità dell c.d. "correttivo 2007", *Il Diritto Fallimentare*, vol. LXXXIII, nn. 3-4/2008, pp. 409-427.

FLETCHER, I.F., "Cuatro décadas del derecho de la insolvencia: la experiencia inglesa", en *RcP*, n° 8/2008, *LA LEY*, p. 41-56.

GALÁN, LÓPEZ C./COLINO MEDIAVILLA, J. L., "*Textos de Derecho Concursal Europeo*", Monografía, Cuadernos de Derecho y Comercio, Ed. Dykinson, Madrid 1993.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, La Ley, Madrid 2005.

GARCÍA -CRUCES GONZÁLEZ, J.A.-LÓPEZ SÁNCHEZ, J., "La liquidación anticipada", en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. – LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La reforma de la Ley Concursal*". *Una primera lectura del Real Decreto-ley 3/2009*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 139-175.

GARRIDO, J.M^a. "Pago de créditos con privilegio especial", en ROJO, A.-BELTRÁN, E, *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Thomson -Civitas, Madrid 2004, p.2441-2464.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo I, vol. I, edit. Rev. de Derecho Mercantil, Madrid 1947, pp. 207-234 y 8ª ed. Revisada por Sánchez Calero, F., Tomo II, Madrid 1983.

GÓMEZ MARTÍN, F., "Plan de liquidación. Análisis del precepto 148 y del 149 Reglas Legales Supletorias de la Ley Concursal" en dirs. SÁNCHEZ CALERO, J./ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, pp. 2603-2615.

GONDRA, J. M., "La estructura jurídica de la empresa (El fenómeno de la empresa desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho)", *RdM*, n° 228, 1998, pp. 493-592.

GONZÁLEZ GOZALO, A., "La apertura de la fase de convenio", en AAVV, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., *Comentarios a la Ley Concursal*, vol, I, Ed. Tecnos 2004, pp. 1216-1234.

GONZÁLEZ PASCUAL, J., “La contabilidad en el ámbito jurídico: especial referencia a los procesos concursales”, en *Partida Doble*, Revista de Contabilidad, Auditoría y Empresa, 2000, nº 11 (118), pp. 104-119.

“La valoración en los procesos concursales”, en Revista Española de Financiación y Contabilidad, 1999, nº 28, pp. 221-249.

GOZALO LÓPEZ, V., “La Reforma del Derecho Concursal alemán”, traducción de la Insolvenzordnung (InsO) de 5-X-1994, RdM, Nº 215, pp. 561-679.

“Comentarios a la reforma del Derecho Concursal Portugués”, RdM, nº 208, 1993, pp. 615-626.

GRAN ENCICLOPEDIA LAROUSSE, Tomo 18, edición en lengua castellana, Ed. Planeta, p. 8657.

GROSSI, M.R., *La riforma della Legge Fallimentare*, Ed. Giuffrè, Milano 2006.

GUERNELLI, M., “La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia”, en *Il Diritto Fallimentare*, vol. LXXXIII, nº 2, 2008, pp. 256-297.

GUGLIELMUCCI, L., *Diritto Fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, 2ª ed., Ed. G. Giappicheli, Torino 2007.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Pago de créditos con privilegio especial. Comentarios al art. 155”, en SÁNCHEZ CALERO, J.-GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. III, Lex Nova, Valladolid 2004, p. 2649-2671.

GUYÓN, Y., *Droit des Affaires (Enterprises en difficultés. Redressement judiciaire-Faillite)*, T. 2, 5ª edition, Paris 1995 ; 9ª edit., París 2003.

HEMMEN ALMAZOR, Van, E., “Análisis institucional y económico de la nueva Ley Concursal”, en Banco de España, Estabilidad Financiera, nº 6, pp. 189-210.

HERNANDO, S., Y RODRÍGUEZ, C. A., “La valoración de activos fijos: inmovilizaciones materiales”, en SANJURJO, M., Y REINOSO, M., *Guía de valoración de empresas*, 2ª edic., Pearson Educación SA, Madrid 2003, pp. 487-560.

HERRERA CUEVAS, E., colab. MELLER, N./ CARRILLO, G., “La liquidación” en *Manual de Reforma Concursal*, Europea de Derecho, 2004, Ed. Jurídica, pp. 544-568.

HUALDE LÓPEZ, I., *La fase de Liquidación en el Proceso Concursal (Apertura, Efectos y Operaciones de liquidación)*, Ed. Thomson- Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

“De la fase de liquidación. (Comentarios sobre apertura, efectos y operaciones de liquidación. arts. 142 a 153)” en CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a*

la Ley Concursal, Tomo II, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2010, pp. 339-506.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., (coord.) *Derecho Mercantil*, 12ª edic., Ariel Derecho, Barcelona 2008.

LAGUNA IBÁÑEZ, E., “La transmisión de la empresa mercantil y de sus obligaciones”, *Anuario de Derecho Civil*, 1962, pp. 657-741.

LEFEBVRE, F., “Memento Práctico Fiscal” 2007, nº 531, 1, p. 167.

LIZÉ, A., “Les solutions vues par un mandataire judiciaire. Plan du cession, liquidation judiciaire générale, liquidation judiciaire simplifiée, issus de la Loi du 26 juillet 2005 et du Décret 28 décembre 2005”, en *RPC*, nº 2 junio 2006, pp. 200-203.

LÓPEZ APARCERO, A., *Doctrina judicial sistematizada sobre la Ley Concursal. Selección jurisprudencial de los Juzgados de lo Mercantil*, Thomson-Civitas, 2006.

LÓPEZ LUBIÁN, F.J./ LUNA WUTZ, W. de, *Valoración de empresas en la práctica*, Instituto de Empresa, Ed. Mc Graw-Hill de Management, Madrid 2001.

LUCRÉ, *Esprit du Code du Commerce*, Tomo III. Paris 1829.

MAIRATA, J., (Coord.) *Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, vol. II., 2004, pp. 387-405.

MANZANO CEJUDO, M.A., “La liquidación”, en AAVV, coords. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.Mª., *Comentarios a la Ley Concursal*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2004, p. 625-646.

MARINA GARCÍA- TUÑÓN, A., “Incumplimiento del convenio. Art. 140”, en SÁNCHEZ CALERO, J., - GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la legislación concursal*, edit. Lex Nova, Valladolid 2004, pp. 2525-2532.

MARTÍNEZ GARRIDO, L., “Comentarios al art. 64” en SAGRERA, J.M./ SALA, A./ FERRER, A., *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I, Ed. Bosch, 2004, pp. 746-779.

MASCAREÑAS, J., “Prólogo”, en LÓPEZ LUBIÁN, F.J./ LUNA WUTZ, W. de, *Valoración de empresas en la práctica*, Ed. Mc Graw-Hill de Management, Madrid 2001.

MASSAGUER FUENTES, J., “La reintegración de la masa en Derecho Concursal inglés tras la Insolvency Act de 1985”, *RdM*, 1985, nº 177, pp. 489-519.

MAYORÍA Y MINORÍA PARLAMENTARIA ITALIANA, Esquema de diseño de la Ley relativa a “Delega al Gobierno per la riforma organica della disciplina delle crisi di impresa e dell, insolvenza”, art. 13. vid. [www. LF.Fallimento.It](http://www.LF.Fallimento.It).

MIGUENS PONSSA DE LA VEGA, H.J., “La responsabilidad patrimonial en los concursos de Grupos de Sociedades en el ámbito de la CEE”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1996 (61), pp. 149-160.

MORALEJO IMBERNÓN, N., “De las operaciones de liquidación (plan de liquidación y Reglas Legales Supletorias)”, en AAVV, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. II, Ed. Tecnos 2004, pp. 1584-1623.

MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, Iustel, Madrid 2004.

OLIVENCIA RUIZ, M., “El Derecho Mercantil. Origen y evolución histórica. El Derecho Mercantil de la codificación y Derecho Mercantil y Derecho de la Empresa”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J, (coord.), *Derecho Mercantil*, vol. I, 12ª edic., Ariel Derecho, Barcelona 2008, pp. 3-27.

PAJARDI, P., BOCCHIOLA, M., *Il fallimento nel mondo. Panorama dei sistemi concorsuali nelle realtà nazionali.*, Cedam,- Padova 1988.

PÉREZ DE LA CRUZ, A., “Efectos de la transmisión del establecimiento mercantil sobre las deudas pendientes”, *RdM*, nº 134, 1974, pp. 485-547.

PÉROCHON, F., “La liquidation judiciaire simplifiée”, en *Revue des procédures collectives (RPC)*, nº 2 junio 2006, pp. 191-199.

“El nuevo Derecho Francés de Empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (sauvegarde) de las empresas” en *RcP* 8/2008, pp. 79-97.

PEROCHON, F.,-BONHOMME, R., *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 7ª ed., LGDJ, París 2006.

PETEL, Ph., « La liquidation judiciaire ». Thème nº 12. *Travaux dirigés de Droit des Entreprises en difficulté* , 3ª edit. Litec, Groupe Lexonexis, 2002, pp. 179-194.

PESTANA DE VASCONCELOS, L.M., “El nuevo régimen concursal de la compraventa en Derecho Portugués”, en *RcP*, nº 7/2007, pp. 255-274.

PRADES CUTILLAS, D., “La fase de liquidación. Responsabilidad de Administradores y Liquidadores de la Sociedad”, en AAVV, dir. MARTÍN MUÑOZ, A.J. de, *La reforma de la legislación concursal. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003 de 9 de julio*. Ed. Dykinson, Madrid 2004, pp. 227-255.

PRIETO GARCÍA NIETO, I., *Legislación concursal con concordancias resoluciones judiciales sistematizadas y formularios*, DAPP 2007.

PULGAR EZQUERRA, J., *El Presupuesto Objetivo de la quiebra. Evolución y perspectivas actuales en Derecho comparado y español*, Tesis Doctoral, Univ. Complutense, Madrid 1992.

“El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, en AAVV., dirs. GARCÍA VILLAYERDE, R.,-ALONSO UREBA, A.,-PULGAR EZQUERRA, J., *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Ed. Dilex 2003, pp. 55-135.

”Contenido de la propuesta de convenio”, en AAVV, dirs. PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ ALCOVER, G., *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*, Tomo I, Ed. Dykinson, Madrid 2004, pp. 974-1047.

“Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, en AAVV dirs. GARCÍA VILLAYERDE, R./ALONSO UREBA, A./ PULGAR EZQUERRA, J., V *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Ed. Dilex, Madrid 2003, pp. 435-485.

El concurso de acreedores. La declaración, ed. La Ley, Madrid 2005.

“Introducción al Decreto Ley sobre los procesos especiales de recuperación de empresas y la quiebra de 1993”, *Textos de Derecho Concursal Europeo*, Consejo General de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Cuadernos de Derecho y Comercio, Monografía 1993, pp. 221-223.

La reforma del Derecho concursal comparado y español (los nuevos institutos concursales y reorganizativos), Civitas 1994.

QUICIOS DE MOLINA, S., Pago de créditos con privilegio especial. Art. 155”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos. T. II, Madrid 2004, pp. 1664-1702.

QUINTANA CARLO, I., BONET NAVARRO, A., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *Las claves de la Ley Concursal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

RAMÍREZ LÓPEZ, J. A., *La quiebra. Derecho concursal español*, Tomo II, Bosch, Barcelona 1998.

RÍOS SALMERON, B., “La Ley Concursal y los créditos laborales”, en RÍOS SALMERÓN, B.-SEMPERE NAVARRO, A.V. (dirs.), *La Ley Concursal y los efectos sociales*, Laborum, Murcia 2004 pp. 265-320.

RIPERT, G., *Droit Commercial*, Tome 2, Paris 1976.

RIPERT, G., ROBLOT, R., « La liquidation judiciaire », en *Droit Commercial*, Tome 2, 15^a edition, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1996, pp. 1227-1286.

ROCCO, I., *Il fallimento*, Torino 1917.

Il fallimento. Teoria general e origine storico, Giuffré, Milan 1962.

ROCHA RUBÍ M. de la, “El régimen de los créditos laborales en la nueva Ley Concursal”, en *Aspectos jurídicos del nuevo Concurso de Acreedores*, coord.. MAIRATA, J., Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, vol. II, 2004, pp. 381-404.

RODRÍGUEZ QUIÑONES Y DE TORRES, A., “La liquidación, la calificación y la conclusión del concurso”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., *Derecho Mercantil*, Vol.II, 12^a edic., Barcelona 2008, pp. 941-960.

“El requerimiento al deudor común exigido por el artículo 110.1 de la Ley Concursal (y algunas reflexiones sobre las propuestas anticipadas de convenio)”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona 2005, pp. 4631 ss.

ROJO, A., “La crisis bancaria española y el Derecho de Sociedades Anónimas” en Banca, Borsa e Titoli di credito, Rivista di Dottrina e Giurisprudenza, Anno LII, Ed. Multa paucis AG., Milano, 1989, pp. 716-745.

“El establecimiento mercantil. Concepto, clases y elementos”, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Edic. 1999, pp. 99-115.

“El órgano competente en caso de deudor persona jurídica”, en ROJO, A./BELTRÁN, E., *Comentario de la ley concursal*, T. I, Ed. Thomson-Civitas, Madrid 2004, pp. 201-206.

“Mantenimiento de propuestas no aprobadas (art. 110)”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo II, Madrid 2004, p. 1987-1995.

“Admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Thomson-Civitas, Madrid 2004, p. 1960-1968.

El convenio anticipado, Thomson-Civitas, Madrid 2004, 156 pp.

ROJO, A.-BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid 2004.

ROSSI, G., *Il fallimento nel Diritto Americano Cedam*, Padova 1956.

ROUSELL GALLE, Ph., “Les aides publiques aux entreprises en difficulté: les lignes directrices communautaires, le CIRI et les CODEFI”, en *Revue des Procédures collectives en RPC*, nº 2 junio 2006, p. 129.

ROUSELL GALLE, Ph., “Les “nouveaux” régimes des contracts en cours et du bail”, en *RPC* nº 1, 2009, pp. 55-64.

RUBIO VICENTE, P.J., “La enajenación de la empresa en la nueva Ley Concursal”, en *RdS*, nº 22, 2004, pp. 115-155.

“Efectos jurídicos de la enajenación de la empresa del concursado”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal (RCP)*, nº 1, 2004, pp. 259-274.

La aportación de empresa en la Sociedad Anónima, Valladolid 2001.

SACRISTÁN REPRESA, M., “El convenio anticipado en la LC (notas sobre su régimen específico)”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo IV, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 4749-4751.

“Apertura de la fase de liquidación (art. 142)”, en PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A., ALCOVER GARAU, G., *Comentarios a la Ley Concursal*, (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal), Tomo I, Ed. Dykinson, Madrid 2004, pp. 1288-1305.

SAINT ALARY-HOUIN, C., “La Loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures, pour de nouvelles stratégies”, en *RPC*, nº 1 marzo 2007, pp. 13-17.

SALA ALCAYDE, A., “De la fase de liquidación”, en SALA, A., MERCADAL, F., ALONSO-CUEVILLAS, J., (coords.) *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona 2004, pp. 644-697.

SALGADO, M.-B., “De nouvelles dispositions applicables aux entreprises en difficulté issues de l’ordonnance du 18 décembre 2008”, en *Droit des Affaires*, nº 35, febrero 2009, pp. 25-30.

SÁNCHEZ ARISTI, R., “De la fase de liquidación (apertura y efectos)”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid 2004, pp. 1531-1584.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 24ª edición, Ed. Mc Graw Hill, Madrid 2002.

SÁNCHEZ OLIVÁN, J., *La fusión y la escisión de sociedades. Aportación de activos y canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo*. Dijusa, 2ª ed., Madrid 2004.

SÁNCHEZ RUS, H.-SÁNCHEZ RUS, A., “Publicidad de la apertura de la liquidación (art. 144 LC)”, en ROJO, A-BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal* Tomo II, Thomson Civitas, Madrid 2004, pp. 2325-2335.

SANJURJO, M., “Presentación general de la obra”. Conceptos generales de valor”, en SANJURJO, M./ REINOSO, M., *Guía de valoración de empresas*, 2ª edición, Ed. Pearson Educación SA, Madrid 2003, pp. 1-32.

SANJURJO, M., y REINOSO, M., *Guía de valoración de empresas*”, 2ª edic., Pearson Educación SA, Madrid 2003.

SANTARELLI, V., *Per la storia del fallimento nelle legislazione italiane dell'età intermedia*, Padova 1964.

SCHIANO DI PEPE, G., *Il Diritto Fallimentare riformato*, Cedam Padova 2007.

SEBASTIÁN QUETGLAS, .R., “Régimen de la insolvencia de los grupos en la Ley Concursal”, en AAVV, dir. MARTÍN MUÑOZ, A.J. de, *La reforma de la legislación concursal. Estudio sistemático de las leyes 22/2003 y 8/2003 de 9 de julio*, Ed. Dykinson, Madrid 2004, pp. 461-481.

SIERRA FLORES, M. DE LA, “Propuesta de convenio con contenido alternativo”. Artículo 100,2 LC”, en *El nuevo Derecho Concursal*, Curso dirigido por la Prof. ALONSO LEDESMA, C., Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid., febrero-abril 2004.

SILGUERO ESTAGNAN, J., “Consecuencias procesales de la insolvencia internacional”, en AAVV, dirs. DAMIÁN MORENO, J. y otros, *La nueva Ley Concursal*, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián 2004, pp. 45-59.

SOINNE, B., “Prolégomènes sur l’ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté”, en RPC n° 1, 2009, pp. 1-4.

STAES, O., “Aspects de procédure et voies de recours”, en RPC, n° 1, 2009, pp. 44-51.

SUÁREZ ROBLEDANO, J.M., *Ley Concursal: Comentarios, jurisprudencia, concordancias y doctrina*, Ed. Colex 2003.

TAQUET, Fr., “Aperçu rapide des modifications en matière sociale résultant de l’ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réformes du droit des entreprises en difficulté”, RPC, n° 1, 2009, pp. 96-99.

TEIXIER, A. S., “Réforme du droit des entreprises en difficulté: présentation du décret d’application; le élaboration et l’arrête des plans”, en Droit des Affaires, n° 1, enero 2006, pp. 211-225.

TERRANOVA, G., FERRI, G. Jr., GIANELLI, G., GUERRERA, F., PERRINO, M., SASSANI, B., *La nuova Legge Fallimentare annotata*, Jovene Editore, Napoli 2006.

THALER, *Droit Commercial*, Paris 1925.

THÉRON, J., “Liquidation judiciaire et ventes de fonds de commerce”, *RPC*, nº 2 abril-junio 2008, pp. 132-136.

TIRADO MARTÍ, I., “La liquidación concursal de Sociedades en el Derecho inglés”, en *RdS*, nº 17, 2001, pp. 199-245.

TOMILLO, J.-GOZALO, V.-. “Efectos de la apertura de la liquidación sobre los créditos concursales”, en ROJO, A.-BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, T. II, Thomson Civitas, Madrid 2004, pp. 2396-2399.

TORIBIOS FUENTES, F., “De la fase de liquidación”, AAVV, dirs. SÁNCHEZ-CALERO, J., /GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo III, Ed. Lex Nova, 2004, pp. 2535-2560.

TRICOT, D.-VALLIOT, R., y otros (Table Ronde) “L’application de la Loi de sauvegarde des entreprises”, en *Cahiers de Droit de l’Entreprise*, nº 1 enero-febrero 2006, pp. 11-20.

UCEDA OJEDA, J., “De la fase de liquidación”, en AAVV, dir. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., *Proceso concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal*, Ed. La Ley, iurgium, Madrid 2004, pp. 667-733.

URÍA, R., *Derecho mercantil*, 19ª edición, Marcial Pons, Madrid 1992.

USON DUCH. (coord.) BUFETE MARROQUÍN, *La nueva Ley Concursal. Comentarios y Formularios a la Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal*, T. I, Grupo Difusión, Barcelona 2003.

VALLANSAN, J., “Reforme de la Loi de sauvegarde: précisions apportées par le décret d’application”, *RPC*, nº 2, 2009, pp. 12-16.

VALLENS, J.-L., “La reforma del Derecho francés de las empresas en dificultades”, en *RcP*, nº 4/2006, p. 399-413.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., *El concurso de la sociedad irregular*, Monografía, La Ley-RcP, nº 3/2005.

“Comentarios a los artículos 148 y 149 de la Ley Concursal”, en CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Ed. Thomson Aranzadi 2004, 1ª edición, pp.987-1004.

“Comentarios al artículo 155. Pagos de créditos con privilegio especial”, en CORDÓN MORENO, F., *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo II, Ed. Thomson Aranzadi 2010, 2ª edición, pp. 517-528.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la Ley Concursal*, Dijusa 2003.

VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Contenido de la propuesta de convenio. Comentario al artículo 100”, en AAVV, dirs. SÁNCHEZ CALERO, J.,-GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la nueva Ley Concursal, T. II*, edit. Lex Nova, Valladolid 2004, pp. 2147-2171.

“Comentario a los artículos 148 y 149”, en AAVV, dirs. ALONSO UREBA, A./ PULGAR EZQUERRA, J./ ALCOVER GARAU, G./ ALONSO LEDESMA, C., *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo II, Ed. Dykinson 2004, pp. 1322-1339.

“El plan de liquidación y las reglas supletorias de liquidación en el concurso”, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons T. V, Madrid 2005, pp. 4877 a 4894.

VILA FLORENSA, P., “Legitimación del deudor persona jurídica para solicitar el concurso” y “Continuación del ejercicio de la actividad profesional o de la empresa”, en SALA, A.-MERCADAL,F.- ALONSO CUEVILLAS, J., coords., *Nueva Ley Concursal*, Bosch, Barcelona 2004, pp.81- 82 y 247-253.

YANES YANES, P., “La Administración Concursal” en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., (dirs.), Dilex Madrid 2003, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, pp. 173-233.

“Supuestos especiales de reconocimiento”, en ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J., ALCOVER GARAU, G. y ALONSO LEDESMA, C., *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Ed. Dykinson 2004, p. 885.

ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal* Thomson-Civitas, Cizur (Navarra) 2006.

ZANICHELLI, V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Utet, Torino 2008.